

# Recht als Übersetzung

## Rechtspluralismus und Gewohnheitsrecht in ghanaischen Gerichten

Dissertation  
zur Erlangung des akademischen Grades Dr. iur.

Eingereicht am: 27.06.2014

Bei der Juristischen Fakultät der Humboldt- Universität  
zu Berlin

von: Tillmann Schneider

Erstgutachterin: Prof. Dr. S. Baer

Zweitgutachter: Prof. Dr. P. Dann

Verteidigt am: 24.11.2014



# Recht als Übersetzung

## Rechtspluralismus und Gewohnheitsrecht in ghanaischen Gerichten

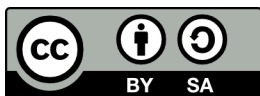
Tillmann Schneider



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im  
Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7418-4288-7

Dieses Werk erscheint unter der Creative-Commons-Lizenz »BY-SA 3.0  
DE«:  
<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/de/>



1. Auflage 2016

Druck: epubli, ein Service der neopubli GmbH, Berlin

Umschlaggestaltung: Katja Außendorf

# Danksagung

Die Arbeit an der diesem Buch zu Grunde liegenden Dissertation dauerte viele Jahre. All denjenigen, die mich auf dieser nicht immer leichten Reise begleitet haben, gilt hierfür mein herzlicher Dank.

Ich hatte das Glück, von Susanne Baer betreut zu werden. Sie stand mir als akademische Lehrerin beratend zur Seite – ihre Kritik hat mich herausgefordert, ihre Unterstützung mich angetrieben. Zugleich ist sie für mich ein Beispiel, wie akademisches Denken gelebt werden sollte. Ich danke auch Philipp Dann für das Zweitgutachten und Thomas Raiser, dem Vorsitzenden der Prüfungskommission.

Die Arbeit entstand hauptsächlich, während ich Mitglied im DFG-Graduiertenkolleg *Verfassung jenseits des Staates* an der Humboldt-Universität zu Berlin war. Dessen Sprecher, Ingolf Pernice, gilt besonderer Dank. Von 2007 bis Ende 2009 bot mir das »Grakov« ein Stipendium, ohne das die Arbeit an der Dissertation nicht möglich gewesen wäre. Die Mitgliedschaft im Kolleg ermöglichte mir auch meinen Forschungsaufenthalt in Ghana. Verschiedene Personen haben die Zeit dort zu einem besonderen Erlebnis gemacht. Sandra Thompson, damals Direktorin der Abteilung für Reformen und Projekte im *Judicial Service* Ghanas, öffnete mir die Türen zu Richterinnen und Richtern. Diesen, allen voran den Richtern Brobbey und Akamba, sowie meinen anderen Interviewpartnern gilt meine tiefe Dankbarkeit dafür, dass sie sich Zeit für mich nahmen und ihr Wissen und ihre Erfahrungen mit mir teilten. Friederike Diaby-Pentzlin war nicht nur in Ghana eine hilfreiche Gesprächspartnerin. Uli Beisel unterstützte mich im Rahmen der Feldforschung und eröffnete mir neue Zugänge zur Wissenschaftsforschung.

Das Graduiertenkolleg bot mir neben der finanziellen Förderung auch einen wunderbaren Raum für Diskussionen und Austausch. Gleiches gilt für das Forschungskolleg von Susanne Baer. Wichtige Anregungen für die Arbeit boten zudem die Veranstaltungen des *Institutes für interdisziplinären Rechtsforschung (LSI)* an der Humboldt Universität. Auf den Konferenzen der *Commission on Legal Pluralism* konnte ich erleben, mit welcher Selbstverständlichkeit interdisziplinärer Austausch

über Recht funktionieren kann. Außerdem fand ich Kolleginnen und Kollegen, die meine Begeisterung für das Themenfeld Rechtspluralismus teilten. Hervorzuheben sind hier Gordon Woodman, der viel zu früh verstorbene Franz von Benda-Beckmann, Markus Weilenmann, Yüksel Sezgin und Janine Ubink.

Die Aufzählung der Freunde, die zugleich auch wichtige Diskussionspartner waren, bleibt unvollständig. Genannt seien an dieser Stelle zumindest Thorsten Thiel, Martin Rempe, Sarah Krieg, Stefan Skupien und Katrin Seidel.

Mein Dank gilt schließlich auch meinen Eltern: Sie lasen und kommentierten den Text als Erste. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

# Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	9
1.1	Gegenstand und Ziel der Untersuchung	9
1.2	Methodologisches Vorverständnis und Methoden	16
1.2.1	(Gewohnheits-) Rechtsprechung als Diskurs	16
1.2.2	Herangehensweise und Herausforderungen	17
1.2.3	Die Arbeit als Produkt von Übersetzungen	22
1.3	Gang der Darstellung	25
2	Rechtspluralismus, Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht	28
2.1	Recht im Plural	30
2.1.1	Gemeinsamer Ausgangspunkt	31
2.1.2	Zur Verbreitung rechtspluralistischer Konzeptionen	32
2.1.3	Kritik: Rechtspluralismus, eine »Torheit«?	36
2.1.4	Die Vielfalt rechtspluralistischer Konzeptionen	41
2.1.5	Rechtspluralismus aus der Perspektive des Staates	50
2.1.6	Rechtspluralismus als Kommunikation	56
2.2	Die Vielzahl der Institutionen	58
2.2.1	Forum Shopping und Shopping Forums	59
2.2.2	Governance von und durch Rechtsprechung	62
2.2.3	Rechtsprechung als kommunikativer Akt	64
2.2.4	Gerichte im Austausch	66
2.3	Gewohnheitsrecht in Afrika	68
2.3.1	Ausgangspunkt	69
2.3.2	Charakterisierung von Gewohnheitsrecht in Afrika	71
2.3.3	»Revival« in der Entwicklungszusammenarbeit	83
2.3.4	Spannungsverhältnis zu Menschenrechtsstandards	86
2.3.5	Gewohnheitsrecht vor staatlichen Gerichten	90
2.3.6	Gewohnheitsrechtsprechung als Übersetzung	98
2.4	Übersetzungsschritte	99
2.4.1	Feststellen	100
2.4.2	Verstehen	101
2.4.3	Reverbalisieren	102
3	Gewohnheitsrecht in ghanaischen Gerichten	103
3.1	Ghana	104
3.2	Historische Entwicklung des offiziellen Rechtspluralismus	107

3.2.1	Vorkolonialer Rechtspluralismus	107
3.2.2	Ungleichzeitige Unterwerfung	112
3.2.3	Britische Jurisdiktion und »Indirect Rule«	115
3.2.4	Der Weg in die Unabhängigkeit	126
3.2.5	Die Ära Nkrumah	130
3.2.6	Die Zeit der Militärs	137
3.2.7	Rawlings und die Rückkehr zur Demokratie	142
3.2.8	Exklusion, Fragmentierung und Instabilität	147
3.3	Der rechtlich-institutionelle Rahmen	150
3.3.1	Der gesetzliche Rahmen	150
3.3.2	Das institutionelle Setting	167
3.3.3	Ermessensspielräume, Konkurrenz und Kooperation	184
3.4	Die Entscheidungspraxis der Gerichte	186
3.4.1	Feststellen	187
3.4.2	Verstehen	201
3.4.3	Reverbalisieren	215
3.4.4	Vereinheitlichung, Kontinuität und Kontroverse	226
3.5	Rechtsprechung als Aneignung	229
4	Translationsforschung und die Diffusion von Recht	230
4.1	Entwicklungslinien in der Übersetzungsforschung	232
4.1.1	Etablierung als Disziplin	232
4.1.2	Skopos und Übersetzungsnormen	233
4.1.3	»Cultural Turn« und Machtkritik	236
4.2	Anknüpfungsmöglichkeiten	239
4.2.1	Übersetzungszwecke	239
4.2.2	Übersetzungsnormen	241
4.2.3	Domestizierung und Verfremdung	244
4.3	Diffusion von Normen, Rechtspluralismus und Übersetzen	247
4.3.1	Diffusion von Normen	247
4.3.2	Rechtspluralismus und Diffusion	249
4.3.3	Übersetzen als Diffusionspraxis	251
4.4	Chancen und Grenzen der Anbindung	254
5	Schluss	255
6	Literatur	258
7	Rechtsprechung	279



# 1 Einleitung

»An allen Tischen spielten Menschen, oftmals um hohe Einsätze. Es war eine lange Nacht gewesen und der Zigarettenrauch, der sich in der Spielhöhle verbreitet hatte, verhinderte den Blick von einem Tisch auf den anderen. Dafür hätten die Gäste aufstehen müssen und wären dann über die Vielfalt verwundert gewesen. An jedem Tisch wurde ein anderes Spiel gespielt. [...] Plötzlich verließ eine Gruppe, die Belote spielte, ihren Tisch, um den benachbarten Bridge-Tisch zu beobachten. Einer entfernte sich recht schnell wieder, nachdem er festgestellt hatte, dass die Bridge-Spieler überhaupt nicht die Spielregeln kannten (er dachte hierbei an die Regeln des Belote) und viele Fehler begingen: Optimistisch und wohlwollend dachte er, dass sie die Regeln schließlich lernen und dann wissen würden, wie zu spielen sei. Seine Mitspielerin hatte die Bridge-Spieler etwas länger beobachtet und verstand, dass sie nicht Belote, sondern ein anderes Spiel spielten: Sie bemerkte, wie sie die Karten ordneten und ausspielten und kehrte zur Gruppe zurück, um ihr diese Entdeckung mitzuteilen. In diesem Augenblick ahnte ein weiteres Mitglied der Gruppe, dass es erforderlich sei, die Regeln des Bridge zu kennen, um das Spiel zu verstehen; sie fragte die Spielenden danach: Diese übergaben ihr eine Anleitung und fügten hinzu, dass es nicht ausreichen würde, die Anleitung gründlich zu lesen – es bräuchte viel Erfahrung, bevor sie behaupten könnten, Bridge zu kennen.«<sup>1</sup>

## 1.1 Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die Erkenntnis, dass der Staat nicht die einzige Quelle von Recht ist, gewinnt in Zeiten der »postnationalen Konstellation«<sup>2</sup> auch in der Rechtswissenschaft an Verbreitung. Es hat sich eingebürgert, die Vielfalt normativer Ordnungen mit dem Begriff »Rechtspluralismus« zu umschreiben.<sup>3</sup> In den letzten Jahren entwickelte sich dieser Begriff vom Schlachtruf post-modernistischer Dekonstruktion zu einem neu-

---

<sup>1</sup> Alliot, 7-8 Bulletin du liaison de LAJP (1985), 79 (79) [eigene Übersetzung; Belote ist ein französisches Kartenspiel].

<sup>2</sup> Habermas, Die postnationale Konstellation, 1998, insb. S. 91 ff.

<sup>3</sup> Griffiths, Legal Pluralism, in: Banakar/Travers (Hrsg.), An Introduction to Law and Social Theory, 2002, S. 289 ff. Vgl. zur Verbreitung rechtspluralistischer Konzeptionen auch Kapitel 2.1.

en Paradigma, insbesondere in der rechtssoziologischen Forschung. Diese Ansätze betonen, dass menschliches Verhalten oft stärker von Normen jenseits des Staates beeinflusst wird, heben also die Wirksamkeit von Recht gegenüber der Normgeltung im juristischen Sinne hervor.<sup>4</sup> Sie stehen damit im Widerspruch zum lange dominanten, an Nationalstaatlichkeit orientierten Verständnis von Recht als systematischer Ordnung.<sup>5</sup> In der Rechtspluralismusforschung besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass normative Ordnungen nicht parallel nebeneinander und unabhängig voneinander koexistieren, sondern dass diese sich wechselseitig beeinflussen.<sup>6</sup> Dieses Miteinander kann konfliktreich wie auch kooperativ sein, es kann zum Transfer von Normen und Vorstellungen, aber auch zu Abgrenzung voneinander kommen. In diesem Buch wird ein methodischer Zugang angeboten, um solche *Austauschprozesse zwischen verschiedenen normativen Ordnungen machtsensibel zu analysieren*.<sup>7</sup>

Der Blick auf rechtspluralistische Austauschprozesse kommt in dieser Untersuchung aus einer kulturwissenschaftlichen Perspektive als Teil der interdisziplinären Rechtsforschung.<sup>8</sup> Das Ziel der Analyse ist nicht, konkrete Lösungen für die Rechtsanwendung zu entwickeln. Vielmehr geht es darum, interpretativ-analytisch zu erfassen, wie Rechtsanwendung im Rechtspluralismus praktiziert wird. Wenn verschiedene normative Ordnungen aufeinandertreffen, finden zwei maßgebliche Prozesse statt: Verstehen und Kontrollieren. Um beide Aspekte erfassen zu können, wird der Begriff des *Übersetzens* vorgeschlagen. Dieser hat in jüngerer Zeit eine Konjunktur für die Beschreibung von

---

<sup>4</sup> Zur Unterscheidung: Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, 2013, S. 239 ff.

<sup>5</sup> Rechtsordnungen des Common Law sind im Vergleich zu solchen des kodifizierten Rechts deutlicher stärker von Kasuistik als von Kohärenzdenken geprägt. Systematik spielt für sie aber ebenfalls eine große Rolle, vgl. Glenn, Legal Traditions of the World, 2010, S. 258 ff.

<sup>6</sup> Fitzpatrick, 22 Osgoode Law Journal (1984), 115 (117 f.).

<sup>7</sup> Der Arbeit liegt keine spezifische Machttheorie zu Grunde. Es gibt unterschiedliche »Gesichter« von Macht, die nicht immer offensichtlich wirkt, vgl. Lukes, Power, 2005, S. 35 ff. Ein auch für die Arbeit besonders wichtiger Aspekt von Macht ist die Fähigkeit, das Verhalten und Denken von sozialen Gruppen zu beeinflussen. Solche Macht kann gleichermaßen Personen bzw. Personengruppen wie auch Ideen zukommen.

<sup>8</sup> Baer, Rechtssoziologie, 2011, zum Begriff der interdisziplinären Rechtsforschung S. 50 ff., zum Verhältnis von Recht und Kultur, S. 69 ff. mwN.

Transferprozessen erlebt.<sup>9</sup> Mit Übersetzungen gehen immer Herausforderungen einher. Bereits das Eingangszitat ist eine Übersetzung. Als Übersetzung einer Übersetzung,<sup>10</sup> verdeutlicht es zunächst, dass es schwierig sein kann, zu bestimmen, was als Original anzusehen ist. Auch die Zuschreibung von Äquivalenz ist daher nicht unproblematisch. Übersetzung als »Medium der Repräsentation des Fremden und der Konstruktion von Wissen«<sup>11</sup> erlaubt, sowohl die Ebene des Fremdverstehens als auch das Element des Konflikts in die Analyse einzuschließen. Der Begriff betont, dass der Kontakt zwischen verschiedenen normativen Ordnungen auch ein Aufeinandertreffen von Vorstellungen über die Bedeutung von Recht beinhaltet und dass dieses Aufeinandertreffen sowohl von Verständigung, aber auch von Missverstehen geprägt ist. Zugleich hilft sein metaphorischer Gehalt, vereinheitlichenden Vorstellungen über normative Ordnungen vorzubeugen und so Auseinandersetzungen und Verhandlungen innerhalb dieser Ordnungen zu berücksichtigen. Das Konzept der Übersetzung bietet eine kritische Perspektive auf die Frage, wer »Recht spricht« und wessen Stimme hierbei nicht gehört wird. Die Auseinandersetzung mit theoretischen Ansätzen, die für die Übersetzung schriftlicher, meist literarischer Texte entwickelt wurden, kann zudem die Theoriebildung in der Rechtspluralismusforschung bereichern.

In der folgenden Untersuchung wird das Übersetzen als die maßgebliche Praxis des Rechtspluralismus verstanden. Dabei wird der Begriff über seinen metaphorischen Gehalt hinaus methodisch nutzbar gemacht, um den Austausch zwischen verschiedenen normativen Ordnungen mit Blick auf Fragen der Wissensproduktion zu analysieren. In der Übersetzungsforschung wird inzwischen verbreitet davon ausgegangen, dass Bedeutung kein feste, objektive Eigenschaft ist, die einem Text innewohnt.<sup>12</sup> Daher handelt es sich beim Übersetzen nicht ledig-

---

<sup>9</sup> So wurde für den Bereich der Cultural Studies bereits ein »translation turn« ausgerufen, vgl. Bassnett, *The Translation Turn in Cultural Studies*, in: Bassnett/Lefevere (Hrsg.), *Constructing Cultures*, 1998, S. 123 ff. Diesbezüglich zurückhaltender Bachmann-Medick, *2 Translation Studies* (2009), 2 (3 f.).

<sup>10</sup> Es handelt sich um eine eigene Übersetzung von Eberhards Zitat, der Alliot's französische Metapher ins Englische übersetzte, Eberhard, *10 Social & Legal Studies* (2001), 171 (177).

<sup>11</sup> Prunč, *Entwicklungslinien der Translationswissenschaft*, 2012, S. 304.

<sup>12</sup> Dazu 4.1.

lich um einen rein linguistischen Transfer, sondern um einen Akt der Repräsentation, der in einem bestimmten Kontext erfolgt. Eine translatorische Perspektive gebietet damit, den Aspekt des Fremdverstehens in die Analyse mit einzubinden. Obwohl schriftliche Texte den hergebrachten Gegenstand der Übersetzungsforschung bilden, können diese Erkenntnisse auf die Rechtsprechung von Gewohnheitsrecht übertragen werden. In Anlehnung an Modelle der Übersetzungsforschung lässt sich dieses Rechtsprechen/Übersetzen in verschiedene Schritte einteilen, die eine differenzierte Analyse der Rechtsprechung erlauben.

Die Arbeit untersucht am Beispiel Ghanas, wie die Anerkennung von Recht nicht-staatlichen Ursprungs in der Rechtsprechung staatlicher Gerichte praktiziert wird. Ghana eignet sich für die Untersuchung besonders, da es im Jahre 1957 als erste britische Kolonie in Afrika die Unabhängigkeit erreichte und sich bewusst dafür entschied, die kolonialstaatliche Praxis der Anerkennung von Gewohnheitsrecht fortzusetzen. Das ghanaische Recht ist deshalb durch ein Nebeneinander verschiedener Rechtssysteme gekennzeichnet. Neben dem staatlichen Recht – geschriebenen Gesetzen und dem Fallrecht der Gerichte – existiert eine Vielzahl lokaler Gewohnheitsrechte. Dieses Recht, das in seiner Entstehung zu keiner formellen Beziehung zum Staat steht, wird durch die ghanaische Verfassung als Rechtsquelle anerkannt.<sup>13</sup> Daher kann von einem »offiziellen Rechtspluralismus«<sup>14</sup> gesprochen werden. Eine solche Politik führt zu einer ausdrücklichen Einbeziehung nicht-staatlicher Normen in das staatliche Rechtssystem als Recht.<sup>15</sup> Wichtigster Adressat dieser verfassungsrechtlichen Einbeziehungspflicht sind die staatlichen Gerichte, denen es obliegt, in be-

---

<sup>13</sup> Vgl. 11 Abs. 2, 3 der ghanaischen Verfassung.

<sup>14</sup> Shah, *Legal Pluralism in Conflict*, 2005, S. 23. Dieser Begriff wird allerdings weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung Ghanas verwendet.

<sup>15</sup> Dies bedeutet allerdings nicht, dass von Rechtspluralismus – verstanden als Interaktion zwischen verschiedenen normativen Ordnungen – nur dann gesprochen werden kann, wenn eine staatliche Anerkennungspolitik und -pflicht vorliegt. »Offizieller« Rechtspluralismus stellt lediglich eine bestimmte rechtspluralistische Konstellation dar. Auch ist die Perspektive des Staates keinesfalls die wichtigste oder gar einzige auf rechtspluralistische Phänomene. Ebenso könnte das Verhältnis zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Ordnungen aus der Perspektive der nicht-staatlichen Ordnung untersucht werden.

stimmten Fällen Gewohnheitsrecht anzuwenden. Gerichte stellen damit »contact zones«<sup>16</sup> dar, in denen unterschiedliche Bedeutungshorizonte aufeinanderprallen und verhandelt werden. Genau hier wird der Prozess der Übersetzung wichtig: Unter anderem übersetzen die Richterinnen und Richter<sup>17</sup> Gewohnheitsrecht in staatliches Recht. Die Rechtsprechungspraxis staatlicher Gerichte ist ein bedeutender Bestandteil des offiziellen ghanaischen Rechtspluralismus. Zwar ist der Zugang zu staatlicher Gerichtsbarkeit insbesondere im ländlichen Bereich nach wie vor beschränkt. Dennoch stellen staatliche Gerichte in Ghana für den Großteil der Bevölkerung eine mögliche Alternative zur Beilegung von Konflikten dar.

Die Einbeziehung nicht-staatlichen Rechts stellt die staatliche Rechtsanwendung vor verschiedene Herausforderungen. Dies beginnt bei der Frage, welche Form und welchen Inhalt Gewohnheitsrecht hat. Was genau unter den »customary laws of Ghana« zu verstehen ist, wird von der Verfassung nicht vorgegeben. Eine Kodifikation existiert nicht. Die Gerichte sind daher auf Mittel zur Konstruktion angewiesen, die den tradierten Rahmen juristischer Auslegungstechnik im Umgang mit schriftlichen Texten sprengen.<sup>18</sup> Darüber hinaus sind die verschiedenen Rechtsordnungen von unterschiedlichen Bedeutungshorizonten, Gesellschafts- und Familienstrukturen und Wertvorstellungen geprägt. Dieser Aspekt rechtlicher Vielfalt rückt die Frage der Verständigung und Bedeutungsvermittlung in den Vordergrund und birgt zugleich ein erhebliches Konfliktpotential. Die Lösung solcher Konflikte ist für die Gerichte nicht leichter als die Suche nach dem »richtigen« Recht. Zwar sind die Richterinnen und Richter an die Verfassung als

---

<sup>16</sup> Pratt, *Profession* (1991), 33 (33 f.), die darauf hinweist, dass die Kontaktzonen oft von asymmetrischen Machtverhältnissen geprägt sind.

<sup>17</sup> Die Arbeit bemüht sich um geschlechtergerechte Formulierungen und folgt hierbei nicht zuletzt den gesetzlichen Vorgaben für Rechtstexte, vgl. § 4 Abs. 3 Bundesgleichstellungsgesetz.

<sup>18</sup> An den rechtswissenschaftlichen Fakultäten zahlreicher afrikanischer Universitäten wird heutzutage auch »Gewohnheitsrecht« gelehrt, vgl. die Übersicht zum südlichen Afrika bei Mchombu, *A Comparison of Customary Law Programmes in Southern African Universities*, in: Hinz/Patemann (Hrsg.), *The Shade of New Leaves*, 2006, S. 429 ff. In solchen Kursen wird in erster Linie auf verschriftlichte Versionen von Gewohnheitsrechten und die Entscheidungen staatlicher Gerichte zurückgegriffen, kritisch hierzu Stewart, *Why I can't teach Customary Law*, in: Eekelaar/Nhlapo (Hrsg.), *The Changing Family*, 1998, S. 217 ff.

höchstem Gesetz gebunden und unterliegen damit klaren gesetzlichen Hierarchien. Doch wie ein Gericht zu entscheiden hat, wenn es von der Unvereinbarkeit einer gewohnheitsrechtlichen Regelung mit der Verfassung überzeugt ist, wird nicht ausgeführt. Soll das Gericht selbst schöpfend tätig werden, die Entscheidung der staatlichen Gesetzgebung überlassen oder von der Entscheidung des Einzelfalls abgesehen auf gesellschaftliche Veränderung hoffen? Die Arbeit analysiert, wie staatliche Gerichte in Ghana mit diesen Schwierigkeiten umgehen und welche Vorstellungen von Gewohnheitsrecht hierbei zum Ausdruck kommen. Über den ghanaischen Kontext hinaus ergeben sich dann auch allgemeine Fragen zum Umgang mit gesellschaftlicher Vielfalt und den damit einhergehenden Konflikten. Denn Rechtspluralismus ist kein Phänomen, dass genuin auf einen bestimmten Raum (etwa »Afrika«) oder eine bestimmte Qualität von Staatlichkeit (den postkolonialen Staat sogenannter Entwicklungsländer) beschränkt ist. So rückt etwa auch für »entwickelte« und ausdifferenzierte staatliche Systeme die Frage in den Vordergrund, wie mit der zunehmenden Diversifizierung ihrer Gesellschaften rechtlich umzugehen ist. Prominentestes Beispiel hierfür ist die anhaltende Diskussion, ob religiöses – insbesondere islamisches – Recht staatlich anerkannt werden soll bzw. welche Arrangements hierfür in Frage kommen.<sup>19</sup>

Das Buch leistet damit einen Beitrag zu einer Rechtsforschung, die sich von der Fixierung auf den Nationalstaat insofern verabschiedet, als sie die Fragmentierung und Verflechtungen erkennt, die Recht als Gesamtphänomen heute ausmachen. In der Rechtswissenschaft überwiegt nach wie vor ein monistisch-etatistischer Rechtsbegriff.<sup>20</sup> Recht wird hier verengt auf Normen staatlichen Ursprungs, was normativen Ordnungen jenseits des Staates den Rechtscharakter abspricht. Abhängig vom jeweiligen Forschungsinteresse kann eine solche Beschränkung durchaus angebracht sein. Rechtsforschung, die sich differenziert mit Rechtspraxis und -politik beschäftigt, kann ihren Forschungsgegenstand jedoch nicht auf das Recht des Staates reduzie-

---

<sup>19</sup> Dazu etwa Büchler, *Islamic Law in Europe?*, 2011.

<sup>20</sup> Röhl, *Die Auflösung des Rechts*, in: Lorenz/u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Heldrich*, 2005, S. 1162 f.

ren.<sup>21</sup> Denn diese Art der Selbstbeschränkung läuft Gefahr, wichtige Akteure und normative Ordnungen aus ihrem Blickfeld auszublenden und so ein unvollständiges Bild der Rechtspraxis zu vermitteln.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> In diesem Sinne etwa auch Schuppert, *When Governance meets Religion*, 2012, S. 94 ff., der zwar für einen erweiterten Rechtsbegriff plädiert, aber dennoch die Bezeichnung »normative Pluralität« anstelle von Rechtspluralismus bevorzugt.

<sup>22</sup> Vgl. Wrase, *Wie wirkt Recht?*, SFB-Governance Working Paper Series Nr. 57, 2013, S. 14 ff.

## 1.2 Methodologisches Vorverständnis und Methoden

Wie sprechen staatliche Gerichte in Ghana Gewohnheitsrecht? Unterschiedliche Akteure haben nicht nur unterschiedliche Auffassungen von Recht. Auf Grundlage dieser Auffassungen schaffen sie auch Recht. Deshalb wird zur Beantwortung dieser Frage ein konstruktivistisches Verständnis zugrunde gelegt. Danach ist Rechtsprechung als Diskurs zu verstehen (dazu 1.2.1). Dieser theoretische Zugang, aber auch forschungspraktische Herausforderungen prägen Erhebung und Umgang der Daten, wie etwa dem Zugang zu Gerichtsentscheidungen oder die Bedeutung von Interviews (dazu 1.2.2). Der hier vorgestellte translatorische Zugang fordert zudem dazu auf, die eigene Position in Bezug auf die Forschung zu reflektieren. Denn die Arbeit befasst sich nicht nur mit Übersetzungspraktiken und den diese beeinflussenden Faktoren, sondern kann auch ihrerseits in verschiedener Hinsicht als Übersetzung verstanden werden (dazu 1.2.3).

### 1.2.1 (Gewohnheits-) Rechtsprechung als Diskurs

Um die Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht besser zu verstehen, wird am Beispiel des offiziellen Rechtspluralismus in Ghana untersucht, wie Gerichte eine bestimmte Version von Gewohnheitsrecht konstruieren und hierbei mit den genannten Schwierigkeiten umgehen. Die Entscheidungen werden hierfür im Wege einer Diskursanalyse bzw. einer Analyse von Prozessen der Wissenskonstruktion untersucht.<sup>23</sup> Unter Diskurs werden hier abgrenzbare Sprachpraktiken

---

<sup>23</sup> Keller hat hierfür den Begriff der »Wissenssoziologischen Diskursanalyse« geprägt, vgl. Keller, Wissenssoziologische Diskursanalyse, 2011, insb. S. 179 ff. Die Grenzen zwischen verschiedenen diskurstheoretischen Ansätzen verlaufen nicht immer ganz klar. Keller vereint in seiner vergleichsweise offenen Konzeption eine Anbindung des Begriffs Diskursanalyse an die Untersuchung von Prozessen der Wissensproduktion mit der Methodik der qualitativen Sozialforschung. Wie viele andere Ansätze zur Diskursanalyse wurde dieser maßgeblich durch Foucaults Arbeiten inspiriert vgl. etwa Foucault, Archäologie des Wissens, 1981, S. 71 ff. Allerdings erkennt sie die Rolle individueller Akteure im Prozess der Wissenskonstruktion an. Sie gibt zudem ein klareres methodisches Gerüst vor. Gleichzeitig versteht sich die wissenssoziologische Diskursanalyse als Forschungsprogramm, die kei-



und Bedeutungszuschreibungen – mit anderen Worten institutioneller Sprachgebrauch – verstanden. Die darin getroffenen Aussagen drücken nicht nur Weltansichten von Individuen und Gruppen aus, sondern schaffen und beeinflussen diese auch.

Der Arbeit liegt ein konstruktivistisches Verständnis von Recht zu Grunde, was in diesem Kontext heißen soll, dass Wahrnehmung über sozial hergestelltes Wissen vermittelt wird.<sup>24</sup> Recht ist sowohl Mittel als auch Gegenstand von Konstruktion. Hier steht der letztgenannte Aspekt im Vordergrund. Ein solches Verständnis geht über das Ziel von Rechtswissenschaft, richtige Lösungen zu erarbeiten bzw. die Richtigkeit vorliegender Lösungen zu überprüfen, hinaus. Für eine Auseinandersetzung mit rechtlichen Phänomenen bedeutet dies, dass Recht nicht als etwas verstanden wird, dass objektiv »dort draußen« ist und von Akteuren lediglich gefunden und angewendet wird. Vielmehr wird Recht von den verschiedensten Akteuren (also nicht allein in Ausübung einer bestimmten Profession) sozial konstruiert und als legitim anerkannt. Dies bedeutet nicht, dass Recht beliebig oder wirkungslos ist. Ein konstruktivistischer Blick auf Recht spricht diesem also nicht Realität ab. Er betont aber die Kontingenz bestimmter Rechtsauffassungen. Dogmatik ist also Gegenstand, nicht Ziel der Untersuchung.

### 1.2.2 Herangehensweise und Herausforderungen

Gegenstand der Analyse sind in erster Linie Gerichtsentscheidungen der obersten Instanzen der staatlichen Gerichtsbarkeit in Ghana, also von Supreme Court, Court of Appeal und High Court.<sup>25</sup> Weiteres Datenmaterial ergibt sich aus Interviews, die in erster Linie mit Richterinnen und Richtern in Ghana geführt wurden. Die gerichtlichen Entscheidungen sind allerdings nur das Ergebnis einer juristischen Tätig-

---

nen starres System aufzwingt, sondern Flexibilität und die Möglichkeit der Anpassung an konkrete Forschungsfragen anbietet.

<sup>24</sup> Unter dem Begriff »Konstruktivismus« werden sehr verschiedene Ansätze zusammengefasst, denen gemein ist, dass sie die Herstellung von Wissen als soziales Handeln begreifen, vgl. Keller, Wissenssoziologische Diskursanalyse, 2011, S. 37 ff.

<sup>25</sup> Die Entscheidungen der unteren Instanzen, der Circuit und District Courts, werden in Ghana nicht veröffentlicht.

keit. Sie begründen zwar das Ergebnis innerhalb der rechtlichen Dogmatik. Damit stellen sie aber lediglich eine Darstellung der Entscheidung da. Diese lässt nur bedingt Rückschlüsse auf ihre Entstehung zu.<sup>26</sup> Verfahrensakten erlauben grundsätzlich weiteren Aufschluss über den Entstehungsprozess. Solche Akten waren in Ghana jedoch nicht zugänglich.<sup>27</sup>

Das Verhältnis zwischen theoretischen Grundlagen und Arbeit mit dem Datenmaterial war von einer gegenstandsbezogenen Vorgehensweise geprägt.<sup>28</sup> In dem Prozess wechselseitiger Beeinflussung von theoretischem Zugang und Fragestellung auf der einen und Daten auf der anderen Seite entstand gerade die Übersetzungsperspektive erst in Auseinandersetzung mit dem Material und war nicht Ausgangspunkt der Datenerhebung. Auch die Konkretisierung der grundlegenden Forschungsfrage – wie gehen staatliche Gerichte in Ghana mit normativer Vielfalt um? – veränderte sich mit der Datenerhebung und der Analyse der Daten: Zwar bildeten die inhaltliche Erhebung ungeschriebenen Rechts und der Umgang mit Konflikten zwischen verschiedenen normativen Ordnungen von Anfang an einen Schwerpunkt. Ursprünglich lag der Fokus allerdings in erster Linie auf dem Aspekt der Konfliktlösung. Diese Fokussierung relativierte sich ebenso, wie neue Aspekte – etwa die Frage nach Bedeutungs- und Sinnzusammenhängen innerhalb unterschiedlicher normativer Ordnungen sowie das Moment der Verständigung – hinzutraten.

Eine erhebliche Herausforderung stellte der Zugang zum Material dar. In Ghana ist die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen nicht selbstverständlich. In der offiziellen Gazette, den »Ghana Law Reports« (GLR), werden vom Council for Law Reporting ausgewählte

---

<sup>26</sup> Vgl. Baer, Rechtssoziologie, 2011, S. 236 f.

<sup>27</sup> Auch eine teilnehmende Beobachtung, wie sie Lautmann in seiner grundlegenden Studie in deutschen Gerichten durchführte, war nicht möglich, vgl. Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, 2011.

<sup>28</sup> Auch bei einer gegenstandsbezogenen Vorgehensweise erfolgen Erhebung und erster Zugang zum Datenmaterial theoriegeleitet. Die Auseinandersetzung mit den Daten dient jedoch über die bloße Überprüfung bereits bestehender Hypothesen hinaus der Entwicklung von Theorie aus empirischen Daten, vgl. Glaser/Strauss, *The Discovery of Grounded Theory*, 2009 [1967], S. 2 ff. Zu den unterschiedlichen Ansätzen innerhalb der Grounded Theory: Rübinger, *Grounded Theory*, 2008, S. 65 ff.

Entscheidungen der obersten Gerichte veröffentlicht. Allerdings leidet der Council seit seiner Gründung unter einem erheblichen Mangel an finanziellen und personellen Ressourcen. Zur Zeit des Forschungsaufenthaltes lagen entsprechende Veröffentlichungen nur bis zum Jahr 2000 vor.<sup>29</sup> Für den Zeitraum von 1957 bis 2000 wurde insgesamt 278 Entscheidungen aus den Ghana Law Reports ausgewertet. Neben den Ghana Law Reports wurden in der Vergangenheit stark gekürzte Entscheidungssammlungen als »Current Cases« und »Ghana Law Report Digest« herausgegeben, um aktuelle Entscheidungen trotz der Verzögerung beim Erscheinen der Law Reports zugänglich zu machen. Deren Veröffentlichung ist jedoch unsystematisch und erfasst jeweils nur kurze Zeiträume.<sup>30</sup> Aus diesen Formaten wurden weitere 6 Entscheidungen herangezogen, die später nicht in den Ghana Law Reports erschienen. Seit 1996 existiert außerdem eine privat herausgegebene Sammlung, die »Supreme Court of Ghana Law Reports« (SCGLR). Zwar war diese Sammlung zur Zeit des Forschungsaufenthalts mit der Veröffentlichung des Bandes für das Jahr 2006 auf einem vergleichsweise aktuellen Stand. Sie beschränkt sich jedoch auf Entscheidungen des Supreme Court. Ergänzend wurden daher auch unveröffentlichte Entscheidungen ausgewertet. Diese werden in den Archiven des Council for Law Reporting gesammelt. Die Archive sind allerdings nicht verlässlich organisiert. Daher ist unklar, wie viele unveröffentlichte Entscheidungen neben den zugänglichen vorhanden waren. Neben den gedruckten Law Reports bietet seit einiger Zeit das private Unternehmen DataCenta Ltd. eine elektronische Sammlung unveröffentlichter Entscheidungen an. Diese Sammlung enthält aber nur wenige Entscheidungen, die Gewohnheitsrecht betreffen, sondern eher solche zu wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen.<sup>31</sup> Insgesamt wurden 97 un-

---

<sup>29</sup> Zur Zeit des Forschungsaufenthalts waren die Ghana Law Reports 1999/2000 die aktuellste Veröffentlichung. Zwischenzeitlich wurden weitere Bände (bis 2006-2007) veröffentlicht.

<sup>30</sup> Die Current Cases erschienen von 1965 bis 1971; der Ghana Law Reports Digest von 1980 bis 1986.

<sup>31</sup> Ein Mitarbeiter von DataCenta erklärte diese Konzentration auf Wirtschaftsrecht damit, dass das Angebot aufgrund seines kommerziellen Charakters nachfrageorientiert und zahlungskräftige Kunden besonders an diesem Rechtsgebiet interessiert seien.

veröffentlichte Entscheidungen für den Zeitraum von 2000 bis 2006 berücksichtigt.

Neben dem Zugang ist auch die Auswahl des jeweiligen Materials und der Umgang mit diesem zu bedenken. Hierbei sind die Ersterfassung des Datenmaterials, die Wahl der Entscheidungen für die Strukturierung der Feinanalyse sowie die abschließende Wahl der dann mit dieser Analyse bearbeiteten Entscheidungen zu unterscheiden. Angesichts des beschränkten Zugangs zu gerichtlichen Dokumenten in Ghana wurden keine weiteren Begrenzungen vorgenommen, also alle Entscheidungen erfasst, die »customary law« oder »custom« zum Gegenstand hatten. Zunächst wurden sämtliche Entscheidungen gesichtet und im Laufe der Entwicklung der Übersetzungsperspektive dann erneut durchgearbeitet. Herausgegriffen wurden hierbei diejenigen Entscheidungen, welche die Erhebung von Gewohnheitsrecht bzw. die Quellenfrage problematisierten, Ausführungen zum Sinn gewohnheitsrechtlicher Normen enthielten oder Konflikte zwischen diesen und staatlichem Recht ansprachen. Aus dem gesamten Material wurden schließlich 91 Entscheidungen für eine Detailanalyse ausgewählt.

In dieser Detailanalyse wurden die Entscheidungen anhand der Übersetzungsschritte des Feststellens, Verstehens und Reverbialisierens<sup>32</sup> analysiert und exzerpiert. Hierzu diente ein bereits bei der Auswahl der Entscheidungen entwickelter, verhältnismäßig offener Analyserahmen.<sup>33</sup> Besonderes Augenmerk wurde auf wiederkehrende Formulierungen und Argumentationsmuster gelegt. Doch nicht nur ausdrückliches Ansprechen, sondern auch Schweigen kann aussagekräftig sein, sei es als bewusstes Weglassen oder als Ausdruck von Selbstverständlichem und damit Resultat einer Dethematisierung. Für die Darstellung der Ergebnisse in dieser Arbeit wurden vor allem solche Entscheidungen ausgewählt, die innerhalb des ghanaischen Fallrechts eine herausgehobene Bedeutung als »big cases« haben. Hierfür waren etwa die Bezugnahme in anderen Entscheidungen und die wissenschaftliche Rezeption ausschlaggebend. Auch das Verweisen auf bestimmte Entscheidungen in den Interviews wurde hierbei berücksichtigt. Unabhängig von dem vermuteten Status bestimmter Lei-

---

<sup>32</sup> Dazu 2.4.

<sup>33</sup> Dieser findet sich im Anhang, Kapitel 7.

tentscheidungen wurden schließlich solche Entscheidungen zur Darstellung herangezogen, die typische Argumentationslinien und Formulierungen besonders prägnant formulieren.

Auch die Durchführung, Auswertung und Darstellung der Interviews mit 23 Richterinnen und Richtern barg methodische Herausforderungen.<sup>34</sup> Die Interviews wurden entlang eines offenen Leitfadens geführt und bis auf wenige Ausnahmen, in denen sich die Interviewten hiermit nicht einverstanden erklärten, elektronisch aufgezeichnet. Auch wenn ausschließlich Entscheidungen der obersten Gerichte in die Analyse einbezogen werden konnten, war die Wahrnehmung von Richterinnen und Richtern der unteren Instanzen ebenfalls wichtig. Der Großteil derjenigen, die mit zunehmendem Berufsalter in den höheren Instanzen Recht sprechen, hat nämlich zu Beginn ihrer Karriere auf dieser Ebene Erfahrungen zum Gewohnheitsrecht gesammelt. Zudem war es wichtig, Interviews nicht nur in Accra und Umgebung, sondern auch im äußersten Norden des Landes, der Upper East Region, zu führen, um Gegensätze im Erfahrungsschatz der Interviewten berücksichtigen zu können. Während Accra auch als das juristische Zentrum des Landes gilt,<sup>35</sup> ist das staatliche Gerichtswesen in anderen Regionen außerhalb der größeren Städte wenig präsent.<sup>36</sup>

Die Verwendung eines offenen Leitfadens gibt den Interviewten mehr Einfluss auf den Inhalt des Interviews, als dies etwa bei der Durchführung von Befragungen anhand detaillierter Fragebögen der Fall ist. Bei der Auswertung und Interpretation der Daten sind die Interviewten jedoch in der Regel abwesend. Sie werden dadurch zu einem »stummen« Forschungsobjekt. Die Frage, wie Reflexionen über

---

<sup>34</sup> Einzelne Interviews wurden in Accra außerdem mit einem Vertreter des Ministry of Chieftaincy and Cultural Affairs, einem Parlamentarier, Lehrenden der University of Ghana und der Ghana School of Law sowie mit einer Rechtsanwältin durchgeführt.

<sup>35</sup> Neben den höheren Gerichten befinden sich hier auch die Law School und die juristische Fakultät der University of Ghana. Lange Zeit blieb die juristische Ausbildung damit auf Accra beschränkt. Erst im Jahre 2003 eröffnete eine juristische Fakultät an der Kwame Nkrumah University of Science and Technology in Kumasi. In dieser zweitgrößten Stadt des Landes wurde im Jahre 2009 auch ein Court of Appeal eröffnet. Die Dezentralisierung juristischer Ausbildung und höherer Rechtsprechung ist damit ein sehr junges Phänomen, das zudem örtlich begrenzt ist.

<sup>36</sup> Zum Zeitpunkt der Interviews arbeiteten in sämtlichen Instanzen der Upper East Region lediglich sechs Richter.

Repräsentation ihrerseits mit dem Moment der Repräsentation umgehen, wurde und wird vor allem innerhalb der Ethnologie kontrovers diskutiert.<sup>37</sup> Trotz dieser methodischen Schwierigkeiten wird auf eine Einbindung der Interviews nicht verzichtet. Sowohl die Gespräche selbst wie auch die Auswertung der Aufnahmen und Notizen waren wichtige Bestandteile des Forschungsprozesses; sie dürfen daher nicht ausgeklammert werden. Dies gilt umso mehr, als ein solches Verschweigen zugleich bedeuten würde, die Interviewten vollends »zum Schweigen zu bringen«. Um ihre Stimmen so weit wie möglich in die Darstellung der Analyse einfließen zu lassen, wurden Auszüge aus den Interviews weitgehend unkommentiert eingebunden. Das Ergebnis dieser Vorgehensweise ist – wie jede Verwendung von Zitaten – keine echte Mehrstimmigkeit, sondern zwangsläufig ein Produkt der Forschenden: Diese bestimmen, welcher Auszug aus welchem Interview an welcher Stelle eingesetzt wird.<sup>38</sup> In dieser Arbeit wird die Kontrolle über die Aussagen durch den Verzicht auf eine weitergehende Interpretation zumindest zu einem gewissen Grad abgegeben. Die Passagen sprechen zum Teil andere Aspekte an als die in der Entscheidungsanalyse hervorgehobenen, und bringen mitunter auch Widerspruch zum Ausdruck.

### 1.2.3 Die Arbeit als Produkt von Übersetzungen

Der Schlüsselbegriff dieses Buchs ist »Übersetzen«, verstanden als soziale Praktik interkulturellen Austauschs. Eine wichtige Frage ist hierbei, welche Aspekte Übersetzungsvorgänge beeinflussen. Mit den Entscheidungen ghanaischer Gerichte zu Gewohnheitsrecht werden aber nicht nur Übersetzungen untersucht. Die Arbeit ist ihrerseits Produkt verschiedener Übersetzungsprozesse und als solche nicht weniger von Vorverständnissen und Normen geprägt.

Insbesondere im Rahmen der Fallstudie zum offiziellen ghanaischen Rechtspluralismus gab es daher immer wieder Anlass, die eige-

---

<sup>37</sup> Vgl. Fabian, *Time and the Other*, 1983; Clifford, Introduction: Partial Truths, in: Clifford/Marcus (Hrsg.), *Writing Culture*, 1988, S. 1 ff. Zum deutschen Schlagwort dieser Debatte wurde die »Krise der ethnographischen Repräsentation«, vgl. die Beiträge bei Berg/Fuchs (Hrsg.), *Kultur, soziale Praxis, Text*, 1999.

<sup>38</sup> Vgl. etwa Kvale, *Doing Interviews*, 2007, S. 14 f.

ne Position zu reflektieren. Denn die Forschungsarbeit verlangte, zwischen dem ghanaischen Kontext und dem eigenen Hintergrund zu übersetzen. In rechtsdogmatischer wie -technischer Hinsicht machte etwa die Beschäftigung mit dem Fallrecht eines Landes, dessen staatliches Recht maßgeblich durch die Tradition des englischen Common Law geprägt ist, immer wieder die Auseinandersetzung mit der eigenen wissenschaftlichen Sozialisierung und den damit verbundenen Vorverständnissen erforderlich. Dies gilt etwa dafür, wie unterschiedlich Recht oder die Rolle von staatlichen Gerichten verstanden werden können. Solche unterschiedlichen Verständnisse trafen beispielsweise auch im Rahmen der Interviews teils ausdrücklich, teils weniger ausdrücklich aufeinander. Mit solchen Herausforderungen, die jeder Kontakt mit anderen Rechtsordnungen mit sich bringt, muss sich auch rechtsvergleichende Forschung auseinandersetzen.<sup>39</sup>

Daneben galt es, Entscheidungen zum Übersetzen im engeren Sinne – also hinsichtlich der Verwendung verschiedener Sprachen – zu treffen. Das gesamte Material wie auch ein Großteil der Literatur sind englischsprachig. Englische Beschreibungen gewohnheitsrechtlicher Ordnungen stellen ihrerseits Übersetzungen dar, die verdeutlichen, wie sehr Sprachwahl und Umgang mit Fremdheit miteinander verknüpft und beide von Machtasymmetrie und Ideologie beeinflusst sind. Ein gutes Beispiel hierfür ist der Begriff des »Chiefs«, der seinerseits eine höchst problematische Übersetzung aus verschiedenen afrikanischen Sprachen darstellt.<sup>40</sup> Die Verwendung des Begriffs »Chief« bzw. des französischen »Chef« – der ins Deutsche am ehesten mit dem des »Häuptlings« übersetzt werden kann – durch die britische Kolonialmacht legte unmissverständlich das Verhältnis zwischen dieser und den Kolonisierten fest. Die britische Krone duldete neben sich keine weiteren Könige. Afrikanische Aristokratie wurde daher auch sprachlich untergeordnet. Die Bezeichnung als »Chief« bzw. »Häuptling« und die verbundenen Assoziationen von »archaischer Stammes-

---

<sup>39</sup> Grundlegend Frankenberg, 26 Harvard International Law Journal (1985), 411 (415 f., 422 ff.). Baer beschreibt diese Erfahrung von Fremdheit als »Rechtsvergleichungsschock«, der durchaus produktiv sein kann, hierfür aber Reflektion verlangt, vgl. Baer, 64 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2004), 735 (739 ff., 745 ff.).

<sup>40</sup> Siehe hierzu auch S. 105.

kultur« reihten sich zudem in die allgemeine Beschreibungspraxis ein, mit der die kolonisierten Völker als rückständig markiert wurden.<sup>41</sup> Schließlich führte der Begriff zu einer vereinheitlichenden Beschreibung ganz unterschiedlicher Ämter und Funktionen.

---

<sup>41</sup> Vgl. Arndt, Häuptling, in: Arndt/Hornscheid (Hrsg.), Afrika und die deutsche Sprache, 2004, S. 142 ff.



### 1.3 Gang der Darstellung

Das Buch ist in drei Hauptkapitel unterteilt: Im ersten, theoretischen Kapitel wird die Übersetzungsperspektive in Auseinandersetzung mit dem Forschungsstand zu Rechtspluralismus, staatlicher Rechtsprechung in rechtspluralistischen Kontexten und Gewohnheitsrecht in Afrika entwickelt. Das folgende Kapitel stellt eine Fallstudie am Beispiel Ghanas dar, in der die staatliche Rechtsprechung zu Gewohnheitsrecht aus der Übersetzungsperspektive analysiert wird. Im abschließenden Kapitel werden Anknüpfungsmöglichkeiten an die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Übersetzungen im engeren Sinne, die Translationsforschung, ausgelotet.

Das erste Kapitel ist der Darstellung theoretischer Grundlagen bezüglich Rechtspluralismus und Gewohnheitsrecht sowie der Bedeutung staatlicher Rechtsprechung gewidmet. Über die Erweiterung des Rechtsbegriffs hinaus wird hier zunächst der Austausch zwischen normativen Ordnungen als gemeinsamer Nenner unterschiedlicher rechtspluralistischer Ansätze identifiziert. Auseinandersetzungen um Rechtspluralismus konzentrierten sich in der Vergangenheit oft auf die Frage, wie der Begriff des Rechts richtig zu definieren und wo – wenn die Exklusivität des Begriffs für Normen staatlichen Ursprungs aufgegeben wird – die Grenze zwischen Recht und anderen sozialen Normen zu ziehen sei. Wird Rechtspluralismus als analytisches Konzept verstanden, das aus sich selbst heraus weder normative Aussagen noch Erklärungen ermöglicht, sondern eher für bestimmte rechtliche Phänomene sensibilisieren soll, stellt der Verzicht auf eine abschließende und allgemeingültige Definition von Recht nach dem hier vertretenen Ansatz kein Problem dar. Stattdessen rücken die Interaktion zwischen normativen Ordnungen und die damit verbundene Frage nach den Akteuren im Rechtspluralismus in den Mittelpunkt. Im folgenden Unterkapitel wird daher auf die Rolle staatlicher Gerichte in rechtspluralistischen Kontexten eingegangen. Dabei werden unter anderem Bezüge zu jüngeren Governance-Ansätzen insbesondere in der Politikwissenschaft hergestellt. Diese allgemeinen Überlegungen zu Rechtspluralismus und Rechtsprechung werden in einem weiteren Unterkapitel zu Gewohnheitsrecht im afrikanischen Kontext zu-

sammengeführt und konkretisiert. Nach dem hier vertretenen Ansatz ist Gewohnheitsrecht in staatlichen Gerichten zwangsläufig ein Produkt richterlicher Konstruktion. Dass auch die wissenschaftliche Erforschung und Beschreibung von Gewohnheitsrecht vom Prozess der Kolonialisierung geprägt war, lenkt den Blick auf die damit verbundenen Machtasymmetrien. Abschließend wird aus dem Begriff der »Übersetzung« ein analytischer Rahmen entwickelt, mit dem die Rechtsprechung staatlicher Gerichte in Ghana zu Gewohnheitsrecht als rechtspluralistische Praktik untersucht werden kann. Diese Übersetzungsperspektive erlaubt es, gleichermaßen die Fremdheit normativer Ordnungen und die den Austauschprozessen zu Grunde liegenden Machtverhältnisse beim Aufeinandertreffen verschiedener normativer Ordnungen analytisch zu erfassen.

Im zweiten Kapitel wird die Anwendung von Gewohnheitsrecht in den staatlichen Gerichten Ghanas im Rahmen einer Rechtsprechungsanalyse aus dieser Übersetzungsperspektive untersucht. Zur erforderlichen Kontextualisierung ist dieser Analyse ein Überblick über die historische Entwicklung des offiziellen Rechtspluralismus in Ghana vorgeschaltet. Auch der gesetzlichen-organisatorische Rahmen für die Anwendung von Gewohnheitsrecht durch staatliche Gerichte wird untersucht. Diese Kontextualisierung ergibt unter anderem, dass der staatlichen Gerichtsbarkeit seit jeher ein weitgehendes Ermessen im Umgang mit Gewohnheitsrecht eingeräumt wurde. Danach wird die Rechtsprechung seit Erlangen der Unabhängigkeit im Jahre 1957 mithilfe des Übersetzungsmodells analysiert. Die Illustrierung am ghanaischen Beispiel verdeutlicht, dass durch die Übersetzungsperspektive Aspekte rechtspluralistischer Praxis beschrieben werden können, die sonst oft nicht berücksichtigt werden: So verdeutlicht die Übersetzungsperspektive, wie das Wissen über Gewohnheitsrecht vor staatlichen Gerichten produziert, wer hierbei ausgeschlossen und wie Fremdheit durch die Richterinnen und Richter verhandelt und argumentativ verwendet wird.

Im dritten Kapitel wird diese Analyse in Bezug zu aktuellen Debatten in der Translationsforschung gesetzt. Dabei wird deutlich, dass über die eher metaphorische Verwendung des Übersetzungsbegriffs hinaus auch eine weitergehende Theoretisierung von Phänomenen

des Austauschs durch eine Anbindung an übersetzungstheoretische Ansätze möglich ist. Solche Anschlussmöglichkeiten finden allerdings ihre Grenzen. Trotzdem kann der Übersetzungsbegriff über das in der Arbeit besprochene Beispiel hinaus für das Aufeinandertreffen unterschiedlicher normativer Ordnungen fruchtbar gemacht werden und so die Analyse von Prozessen der Diffusion von Recht auch in anderen Kontexten informieren.

## 2 Rechtspluralismus, Rechtsprechung und Gewohnheitsrecht

»Legal pluralism *multiplies* legal systems but it does not doubt their objective and defined content. [...] Legal centralism is like monotheism in that it posits one all-powerful god. Pluralism replaces one god with a pantheon, but there is nothing atheistic about it.«<sup>42</sup>

Der Begriff »Rechtspluralismus« wurde vor allem durch die Beschreibung der Koexistenz von staatlichem Recht und Gewohnheitsrechten im post-kolonialen Kontext prominent.<sup>43</sup> Inzwischen beschäftigt sich die Rechtspluralismusforschung aber auch mit der Vielfalt normativer Ordnungen in Ländern, in denen die Rechtsetzung mit der Herausbildung des Nationalstaats von diesem monopolisiert schien. Waren dies anfangs noch ethnologische Untersuchungen abgegrenzter sozialer Gruppen – also Auseinandersetzungen mit Phänomenen innerhalb eines staatlichen Gebietes –, so gab die Globalisierung Anlass, auch internationales Recht pluralistisch und nicht als rein staatliches Phänomen zu verstehen. Rechtspluralistische Konzeptionen betonen, dass die Vielfalt verschiedener normativer Ordnungen nicht als statisches Nebeneinander zu denken ist, sondern dass es einen kontinuierlichen Austausch zwischen diesen Ordnungen gibt. Doch was heißt Austausch zwischen normativen Ordnungen konkret? Welche Bedeutung hat die Rechtsprechung staatlicher Gerichte im Rechtspluralismus? Und welche Anregungen kann die jüngere Rechtspluralismusforschung für die Analyse ihres ursprünglichen Forschungsgegenstandes liefern?

Für eine Antwort auf diese Fragen wird im Folgenden zunächst herausgearbeitet, dass Studien zu Rechtspluralismus nicht nur inhaltliche Konflikte zwischen verschiedenen Rechten, sondern auch Austausch- und Transformationsprozesse beschreiben (dazu 2.1.). Im Zusammenspiel mit anderen Akteuren der Rechtsprechung muss daher

---

<sup>42</sup> Manderson, 20 Melbourne University Law Review (1995-1996), 1048 (1060).

<sup>43</sup> Gilissen, Introduction, in: Gilissen (Hrsg.), *Le Pluralisme Juridique*, 1971, S. 1 ff.; Vanderlinden, *Le Pluralisme Juridique*, ebd. S. 19 ff.; Hooker, *Legal Pluralism*, 1975, Merry, 22 *Law & Society Review* (1988), 869 ff.

die Rolle staatlicher Gerichte überdacht werden. Diese lösen nicht nur Konflikte, sondern kommunizieren auch Interpretationsangebote an andere Akteure (dazu 2.2). Wie Fremdheit bei der Interaktion unterschiedlicher normativer Ordnungen wahrgenommen und konstruiert wird und dass dies nicht in einem machtfreien Raum erfolgt, wird durch die Forschung zu Gewohnheitsrecht in Afrika besonders deutlich (dazu 2.3). Sollen Differenz, Kommunikation und Macht als Schlüsselaspekte von Rechtspluralismus im Vordergrund der Untersuchung stehen, kann Gewohnheitsrechtsprechung am besten als Prozess des Übersetzens verstanden und analysiert werden (dazu 2.4).

## 2.1 Recht im Plural

Der Begriff Rechtspluralismus hat sich in den letzten 30 Jahren zu einem bestimmenden Begriff in ganz verschiedenen Disziplinen – von der Rechtsethnologie bis zum internationalen Recht – entwickelt.<sup>44</sup> Inzwischen ist er so weit verbreitet, dass – von dem gemeinsamen Ausgangspunkt eines weiten, vom Staat losgelösten Rechtsbegriffs abgesehen – unklar ist, inwieweit mit seiner Verwendung überhaupt gemeinsame theoretische Annahmen verbunden sind (dazu 2.1.1). Um einen solchen gemeinsamen Kern herauszuarbeiten, ist es notwendig, die Verbreitung des Begriffs und der dahinter stehenden Konzeptionen nachzuvollziehen (dazu 2.1.2). Eine Auseinandersetzung mit der Kritik an rechtspluralistischen Ansätzen verdeutlicht, dass zwischen einer Konzeption von Rechtspluralismus als Perspektive auf empirische Phänomene und der Forderung nach einer Berücksichtigung bestimmter Erkenntnisse in der Ausgestaltung rechtlicher Ordnungen zu unterscheiden ist (dazu 2.1.3). Die Auseinandersetzung mit verschiedenen Ansätzen in der Rechtspluralismusforschung zeigt, dass Austausch und Interaktion zwischen verschiedenen normativen Ordnungen betont werden (dazu 2.1.4). Im Rahmen dieser Interaktion spielt Differenz – etwa das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rechtsvorstellungen – eine wichtige Rolle. Diese Erkenntnis ist auch für die Handlungsoptionen des Staates in Bezug auf normative Vielfalt wichtig. Diesbezüglich werden in erster Linie dialogische, auf diskursethische Überlegungen aufbauende Modelle vorgeschlagen. Diese normativen Angebote bleiben jedoch verhältnismäßig vage (dazu 2.1.5). Bezüglich einfacher Anerkennungsmodelle ist aus dieser Perspektive Skepsis angebracht. Rechtspluralismus kann daher besser als sensibilisierende Forschungsperspektive auf bestimmte Phänomene verstanden werden.

---

<sup>44</sup> Vgl. Griffiths, *Legal Pluralism*, in: Banakar/Travers (Hrsg.), *An Introduction to Law and Social Theory*, 2002, S. 289 ff.; Merry, 22 *Law & Society Review* (1988), 869 ff.; Melissaris, *Ubiquitous Law*, 2009; Michaels, 5 *Annual Review of Law and Social Science* (2009), 243 ff.; Tamanaha, 30 *Sydney Law Review* (2008), 375 ff.; Woodman, 42 *Journal of Legal Pluralism* (1998), 21 ff.

## 2.1.1 Gemeinsamer Ausgangspunkt

Rechtspluralismus kann ganz allgemein als die »Mehrheit von Rechten im selben sozialen Feld«<sup>45</sup> beschrieben werden. Sämtliche rechtspluralistische Ansätze gehen davon aus, dass der Begriff des Rechts nicht auf Normen staatlichen Ursprungs beschränkt werden kann. Recht findet sich danach nicht nur in der Domäne des Nationalstaats, sondern auch in den sozialen Praktiken »ethnischer« Gruppen, der inneren Ordnung brasilianischer Favelas,<sup>46</sup> den Regelwerken multinationaler Konzerne,<sup>47</sup> etc. Um ein umfassenderes Bild liefern und Zusammenhänge zwischen verschiedenen normativen Ordnungen beschreiben zu können, ist eine entsprechende Erweiterung des Rechtsbegriffs erforderlich. Denn eine Reduktion auf staatliches Recht schließt eine Vielzahl normativer Phänomene und Akteure aus der Beschreibung aus und kann daher nur ein unterkomplexes und deshalb inadäquates Bild der »Rechtswirklichkeit« liefern.

Folge dieser Anerkennung von normativen Ordnungen nicht-staatlichen Ursprungs als *Rechtsordnungen* ist eine Situation, in der zwei oder mehr rechtliche Ordnungen existieren und gleichzeitig Geltung verlangen.<sup>48</sup> Die Abkehr von einer »monistischen« Blickweise ist deshalb mit der Einsicht verbunden, dass Recht kein logisches Ganzes, keine systematische, einheitliche Ordnung sein kann. Es gibt gerade keine über den verschiedenen Ordnungen stehende Norm, die ihr Verhältnis zueinander regelt und Lösungen für Konflikte zwischen den Ordnungen anbietet. Gleichzeitig sind die verschiedenen normativen Ordnungen nur halb-autonom: Sie sind in der Lage, ihr eigenes Recht zu produzieren, hierbei aber nicht völlig unabhängig und losgelöst von den anderen Ordnungen.<sup>49</sup> Sie existieren mit anderen Worten nicht separat nebeneinander, sondern sind miteinander verzahnt, be-

---

<sup>45</sup> Lampe, Was ist Rechtspluralismus?, in: Lampe (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1995, S. 8., der damit die Formulierung von Griffiths ins Deutsche übersetzt, vgl. Griffiths, 24 Journal of Legal Pluralism (1986), 1 (1).

<sup>46</sup> De Sousa Santos, Toward a New Common Sense, 1995, S. 124 ff.

<sup>47</sup> Teubner, 15 Rechtshistorisches Journal (1996), 255 ff.

<sup>48</sup> Griffiths, 24 Journal of Legal Pluralism (1986), 1 (2).

<sup>49</sup> Grundlegend: Moore, Law as Process, 1978, S. 55 f., die an anderer Stelle vor einer zu weiten Verwendung des Rechtsbegriffs warnt, vgl. Moore, 7 The Journal of the Royal Anthropological Institute (2001), 95 (106 f.).

einflussen und konstituieren sich wechselseitig.<sup>50</sup> Eine adäquate Beschreibung der rechtlichen Wirklichkeit wird also immer eine Beschreibung komplexer rechtlicher Vielfalt sein; eine Beschreibung von Konflikt und Widerspruch, aber auch von Kooperation und Vereinnahmung. Die Ablehnung grundlegender Hierarchien bedeutet dabei allerdings nicht, dass Ungleichheit und Machtasymmetrien zwischen den verschiedenen normativen Ordnungen außer Acht gelassen werden können.<sup>51</sup> Die Erweiterung des Rechtsbegriffs über Normen staatlichen Ursprungs hinaus ist jedoch nur gemeinsamer Ausgangspunkt, um ganz unterschiedliche Phänomene zu beschreiben.

## 2.1.2 Zur Verbreitung rechtspluralistischer Konzeptionen

Die Vorstellung, Recht als Phänomen auch jenseits von Staatlichkeit zu begreifen, ist auch im Westen keinesfalls neu. Lange Zeit waren die Pluralität von Recht und die Bedeutung nicht-staatlicher Rechtsquellen eine Selbstverständlichkeit. Gleichzeitig gab es immer wieder Bestrebungen, Recht zu zentralisieren und zu vereinheitlichen.<sup>52</sup> Doch auch nach den großen kontinentaleuropäischen Kodifizierungen im 19. und 20. Jahrhundert argumentierte etwa Eugen Ehrlich gegen eine

---

<sup>50</sup> Vgl. Fitzpatrick, 22 Osgoode Hall Law Journal (1984), 115 (117, 123).

<sup>51</sup> Merry, 22 Law & Society Review (1988), 869 (886).

<sup>52</sup> Für das Gebiet des heutigen Deutschlands stellte die Rezeption römischen Rechts den größten Vereinheitlichungsprozess dar. Die neuzeitliche Statutenlehre, die das Verhältnis zwischen allgemeinem römischem Recht und verschiedenen lokalen Rechten bestimmte, bewirkte nämlich die Verdrängung lokaler Rechte, vgl. Trusen, Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit, in: Kuchinke (Hrsg.), Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, 1970, S. 110 ff. Das Beispiel verdeutlicht, dass auch »Anerkennung« zu Verdrängung führen kann, da nach der Statutenlehre Gewohnheitsrecht eigentlich nicht nur seinen Rechtscharakter bewahrte, sondern hierarchisch über dem gelehrten Recht römischen Ursprungs stand. Ein historisches Gegenbeispiel zur Vereinheitlichung ist die Einrichtung von vier obersten Qadis für die jeweiligen Rechtsschulen des sunnitischen Islam durch den Sultan Baybar im Jahre 1265. Diese führte zu einer Dezentralisierung des offiziellen Rechts, da zuvor nur eine einzige Schule (Shafi'i) das staatliche Monopol ausübte, vgl. zu verschiedenen Erklärungsversuchen hierfür und zum kooperativ-konkurrierenden Verhältnis zwischen den Gerichten: Shahar, 15 Islamic Law and Society (2008), 112 (131 ff.).



exklusive Bindung von Recht und Staat.<sup>53</sup> Diese Sicht wurde jedoch durch den zentralisierenden Fokus auf den Staat verdrängt, der sich auch in der wissenschaftliche Auseinandersetzung durchsetzte.<sup>54</sup> Zwar verschwanden »gewohnheitsrechtliche« oder religiöse Normen nicht. Sie verloren jedoch durch immer weitergehende staatliche Rechtssetzung ihren Raum. Aus der »relativen Bedeutungslosigkeit staatlichen Rechts«<sup>55</sup> bei Ehrlich wurde die Bedeutungslosigkeit nicht-staatlichen Rechts. Die Reduzierung von Recht auf Normen staatlichen Ursprungs war also eng verbunden mit der Entwicklung des modernen Nationalstaats in Europa.<sup>56</sup>

In der Folge beschäftigte sich in erster Linie die Rechtsethnologie, die Gesellschaften ohne Staat an »exotischen« Orten in Asien oder Afrika beschrieb, mit normativen Ordnungen jenseits des Staates. Von der übrigen Rechtsforschung<sup>57</sup> disziplinar deutlich getrennt, konnte hier ohne dogmatische Zwänge ein Rechtsbegriff verwendet werden, der deutlich offener war.<sup>58</sup> Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs gewann das Nebeneinander von nicht-staatlichem und staatlichem

<sup>53</sup> Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1989. Dass dies Ehrlich zu einem »Ur-Vater« rechtspluralistischer Forschung macht, als der oft beschrieben wird, ist dagegen nicht zwingend. Vgl. zum Einfluss Ehrlichs auf verschiedene Strömungen aktueller rechtspluralistischer Forschung: Nelken, 9 *Theoretical Inquiries in Law* (2008), 443 (447 ff.).

<sup>54</sup> Der Rechtspositivismus lieferte damit die rechtstheoretische Flankierung dieser Verstaatlichung. Kelsen, der nicht zuletzt wegen seiner harschen Auseinandersetzung mit Ehrlich oft als Antipode rechtspluralistischer Konzeptionen dargestellt wird, verwirft in seinem Spätwerk jedoch den früheren Anspruch logischer Widerspruchsfreiheit, den er in der Reinen Rechtslehre aufgestellt hatte. Mit der Konstruktion der Grundnorm als reine Fiktion, die nicht zwangsläufig an den Staat gekoppelt sein muss, öffnet er zudem Raum für die Berücksichtigung nicht-staatlichen Rechts unabhängig von dessen Anerkennung durch den Staat. Er steht damit trotz aller Differenzen pluralistischen Ansätzen näher, als vielfach vermutet, vgl. Fischer-Lescano, *Monismus, Dualismus? – Pluralismus*, in: Brunkhorst/Voigt (Hrsg.), *Rechts-Staat*, 2008, S. 212 ff.

<sup>55</sup> So Röhl, *Auflösung des Rechts*, in: Lorenz/u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, 2005 S. 1162.

<sup>56</sup> Vgl. Arthurs, »Without the law«, 1985, der die Verdrängung nicht-staatlicher Ordnungen im viktorianischen England beschreibt.

<sup>57</sup> Zum Verhältnis zwischen Rechtssoziologie und Rechtsethnologie Benda-Beckmann, *Unterwerfung oder Distanz*, in: Benda-Beckmann/Benda-Beckmann (Hrsg.), *Gesellschaftliche Wirkung von Recht*, 2007, S. 177 ff.

<sup>58</sup> Das bedeutet nicht, dass diese Verwendung frei von politischen Erwägungen war. Gerade in der Kolonialzeit waren rechtsethnologische Forschung eng miteinander verbunden, vgl. 2.3.2.4.

Recht mit dem Blick auf die Anerkennung sogenannter gewohnheitsrechtlicher Normen und Institutionen im kolonialen und post-kolonialen Kontext der nach Unabhängigkeit strebenden Kolonien zunehmend an Bedeutung. Diese Koexistenz verschiedener Rechte wurde schließlich mit dem Terminus Rechtspluralismus beschrieben.<sup>59</sup> Hintergrund war hier also ein ganz spezifischer Diffusionsprozess,<sup>60</sup> nämlich das gewaltsame Aufdrängen einer Rechtsordnung im Zuge des Kolonialismus.

In den späten 70er Jahren markierte die Etablierung des Begriffs Rechtspluralismus in der rechtssoziologischen Forschung einen Wendepunkt in zweierlei Hinsicht: Nicht mehr der Staat und dessen Umgang mit anderen normativen Ordnungen standen im Vordergrund der Untersuchungen, sondern rechtliche Phänomene jenseits des Staates, die auch ohne dessen formelle Anerkennung Bestand hatten. Außerdem erfolgte auch eine Loslösung vom bisherigen geographischen Forschungsschwerpunkt. Nicht-staatliche Normen wurden nun auch in den Industriestaaten des Nordens untersucht und ebenfalls als Recht bezeichnet.<sup>61</sup> Im Rahmen dieses »new legal pluralism«<sup>62</sup> wurde zugleich das Verhältnis verschiedener rechtlicher Ordnungen zueinander stärker betont. Die Hervorhebung des Austauschs zwischen verschiedenen Rechtsordnungen folgte der Einsicht, dass diese nicht getrennt voneinander koexistieren, sondern kontinuierlich interagieren und sich gegenseitig beeinflussen. Diese Wechselseitigkeit zwischen verschiedenen normativen Ordnungen führt zu normativen Phänomenen, die sich nicht mehr ohne Weiteres und eindeutig einer normativen Ordnung zuordnen lassen, sondern zwischen diesen stehen.<sup>63</sup> Mit

---

<sup>59</sup> Gilissen (Hrsg.), *Le Pluralisme Juridique*, 1972; Hooker, *Legal Pluralism*, 1975. Der Begriff stammt ursprünglich aus Beschreibung sog. primärer oder materieller Rechtsquellen durch den französischen Rechtssoziologen Georges Gurvitch, vgl. Gurvitch, *L'Expérience Juridique*, 1935, S. 145 ff.

<sup>60</sup> In Anlehnung an Twining, *General Jurisprudence*, 2009, S. 296 ff. wird der Begriff der »Diffusion« für rechtliche Austauschprozesse verwendet, da dieser einerseits offener ist als die verbreiteten Alternativen des Transfers oder der Transplantation, andererseits den Austausch mit anderen Disziplinen und Forschungsgegenständen erleichtert, vgl. auch 4.3.

<sup>61</sup> Grundlegend: Galanter, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 1 ff.; Griffiths, 24 *Journal of Legal Pluralism* (1986), 1 ff.

<sup>62</sup> Merry, 22 *Law & Society Review* (1988), 869 (872).

anderen Worten geht es also um das Aufbrechen von binären Gegenüberstellungen unterschiedlicher normativer Ordnungen.<sup>64</sup>

Mitte der 90er Jahre hielt der Begriff Einzug in die Diskurse des internationalen Rechts, insbesondere im Rahmen der Konstitutionalisierungs- und Fragmentierungsdebatte.<sup>65</sup> Mit dem Verschwinden der Allmacht des Staates bzw. dem Wandel von Staatlichkeit als Phänomen der Globalisierung trat eine Vielzahl nicht-staatlicher Akteure auf die Bildfläche, die zuvor von zwischenstaatlichen Beziehungen dominiert wurde. Die wachsende Bedeutung von Nichtregierungsorganisationen ist ein Beispiel für diesen Prozess, der auch als Transnationalisierung des Rechts beschrieben wird.<sup>66</sup> Oft kreieren diese Akteure ihre eigenen Regelwerke. Die »lex mercatoria« internationaler Konzerne ist hierfür nur das prominenteste Beispiel.<sup>67</sup> Hinzu tritt die Zunahme von einander unabhängiger Gerichte und anderer Konfliktlösungsinstanzen, deren Zuständigkeitsbereiche sich überlappen. Zersplitterung und Desintegration sind die Folge und stellen die Rechtsforschung vor die Herausforderung, entsprechende Konzepte für die Berücksichtigung und Analyse dieser Phänomene zu entwickeln. Diejenigen, die einen »global legal pluralism« verfechten, plädieren dafür, die »internationale Unordnung« als solche anerkennen. Statt Einheit für den globalen Raum zu suchen, sollen Mechanismen gestärkt werden, die den Umgang mit rechtlicher Vielfalt inklusive der damit verbundenen Konflikte ermöglichen.<sup>68</sup>

Die historische Entwicklung und Verbreitung rechtspluralistischer Konzeptionen verdeutlichen, dass diese eng mit der theoretischen Fundierung des Nationalstaats verbunden sind. Seine Transformation im Zuge der Globalisierung in den letzten Jahrzehnten begünstigte die

---

<sup>63</sup> De Sousa Santos bezeichnet dies als »Interlegalität«, vgl. de Sousa Santos, *Towards a New Common Sense*, 1995, S. 472 f.

<sup>64</sup> Binäre Gegenüberstellungen beinhalten regelmäßig eine hierarchische Ordnung, durch die ein Phänomen dem anderen untergeordnet wird, vgl. Goody, *The Domestication of the Savage Mind*, 1977, S. 1 ff., 36.

<sup>65</sup> Snyder, 5 *European Law Journal* (1999), 334 ff.; Michaels, 5 *Annual Review of Law & Social Science* (2009), 243 ff.; Berman, *Global Legal Pluralism*, 2012, mwN.

<sup>66</sup> Hanschmann, *Theorie transnationaler Rechtsprozesse*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, S.347 ff.

<sup>67</sup> Dazu Teubner, 15 *Rechtshistorisches Journal* (1996), 255 (264 f.).

<sup>68</sup> Berman, *Global Legal Pluralism*, 2012, S. 141 ff.

Verbreitung rechtspluralistischer Ansätze über den post-kolonialen Kontext hinaus. Angesichts der Wurzeln rechtspluralistischer Konzeptionen kann deren Verbreitung innerhalb der OECD-Welt eher als eine Rückkehr bzw. Wiederentdeckung verstanden werden.<sup>69</sup> Die Einteilung in einen »alten« oder »neuen« Rechtspluralismus ist daher – jedenfalls hinsichtlich eines damit verbundenen geographischen Bezugspunkts – irreführend.<sup>70</sup>

### 2.1.3 Kritik: Rechtspluralismus, eine »Torheit«?

Die weite Verbreitung des Begriffs Rechtspluralismus weckt allerdings Skepsis bezüglich seiner konzeptionellen Stärke. Nicht erst seit der Neuausrichtung und Verbreitung rechtspluralistischer Ansätze in den 80er Jahren ist seine Verwendung umstritten. So wird der normative Gehalt rechtspluralistischer Ansätze kritisiert. Außerdem wird einer weiten Definition von Recht vorgehalten, dass diese zu begrifflicher Unschärfe führe und durch die gleiche Bezeichnung gänzlich unterschiedlicher normativer Phänomene gerade keine sinnvolle Abgrenzung und Beschreibung mehr erlaube.

#### 2.1.3.1 Recht-Fertigung von Unrecht

Ein wiederkehrender Vorwurf gegen rechtspluralistischen Konzeptionen ist die Behauptung, dass eine Ausweitung des Rechtsbegriffs aus normativer Perspektive zu untragbaren Ergebnissen führe.<sup>71</sup> Hintergrund ist die mangelnde Gewährleistung von Menschenrechts-Standards in vielen nicht-staatlichen Ordnungen. Die Bezeichnung verschiedener normativer Praktiken als Recht resultiere daher – so die Kritik – in einer Recht-Fertigung von Unrecht. Auch wenn nur we-

---

<sup>69</sup> Fitzpatrick, 1 Australian Journal of Law & Society (1983), 45 (47).

<sup>70</sup> Bereits zu Beginn der 70er Jahre wurde auf die Universalität rechtspluralistischer Phänomene hingewiesen, vgl. Gilissen, Introduction, in: Gilissen (Hrsg.), *Le Pluralisme Juridique*, 1972, S. 8.

<sup>71</sup> So kritisiert etwa Cohen unter Bezugnahme auf Debatten des Multikulturalismus, dass »Rechtspluralisten« die staatliche Anerkennung religiöser Rechte forderten und hierdurch riskierten, Diskriminierung durch nicht-staatlichen Ordnungen zu fördern, vgl. Cohen, 10 I•CON (2012), 380 (382 ff.).

nige rechtspluralistische Ansätze dezidiert normativ argumentieren<sup>72</sup> und Rechtspluralismus in frühen Schriften als »deskriptive Theorie« bezeichnet wurde,<sup>73</sup> bewerten zahlreiche Ansätze rechtliche Vielfalt zumindest im Subtext als etwas Positives. Wünschen nach Vereinheitlichung begegnen dagegen Skepsis bzw. ausdrückliche Ablehnung.<sup>74</sup> Insbesondere in der rechtsethnologischen Forschung kann zudem eine mehr oder weniger unterschwellige kritische Distanz zum Staat und seinem Recht ausgemacht werden. Allein aus der Feststellung, dass unterschiedliche normative Ordnungen gleichzeitig Wirksamkeit suchen bzw. solche Ordnungen unter Umständen als Recht bezeichnet werden können, ergibt sich aber weder ein Maßstab dafür, wie eine normative Ordnung bzw. die Interaktion zwischen normativen Ordnungen zu bewerten ist, noch eine Vorgabe, wie mit der Vielfalt rechtlicher Phänomene umgegangen werden soll. »Rechtspluralismus« als solcher hat also keinen intrinsischen Wert; rechtspluralistische Phänomene können nicht generell als gut oder schlecht bezeichnet werden.<sup>75</sup> Allzu oft wird der Wunsch nach Normativität aber auf eben diese Frage reduziert.

Davon zu trennen ist die Frage, inwiefern eine Konzeption von Rechtspluralismus solche Bewertungen ermöglicht oder verhindert. Die Einsicht, dass verschiedene normative bzw. rechtliche Ordnungen gleichzeitig Geltung verlangen, bleibt zunächst nur mit der Forderung an wissenschaftliche Analysen verbunden, dieses Zusammenspiel in seiner Komplexität anzuerkennen. Rechtspluralismus ist nach diesem Verständnis ein analytisches Konzept, das als solches keine direkten normativen Aussagen ermöglicht, sondern den Blick für die Interaktion normativer Ordnungen sensibilisieren soll.<sup>76</sup> Wird Rechtspluralismus als ein solches analytisches Konzept verstanden, geht der Vorwurf fehl, dass empirische Befunde gegen das Gerechtigkeitsempfinden verstoßen. Vielmehr ermöglicht eine solche Konzeption erst, bestimmte Phänomene in den Vordergrund zu rücken. Problematisch

---

<sup>72</sup> Etwa Lurger, 16 Rechtshistorisches Journal (1997), 705 (709 f., 720 f.).

<sup>73</sup> Griffiths, 24 Journal of Legal Pluralism (1986), 1 ff.

<sup>74</sup> Dies zeigt schon die Wortwahl. »Pluralismus« weckt im Vergleich zu Alternativen wir »Fragmentierung« oder »Partikularismus« deutlich positivere Assoziationen.

<sup>75</sup> De Sousa Santos, Towards a New Common Sense, 1995, S. 114 f.

<sup>76</sup> Benda-Beckmann, 47 Journal of Legal Pluralism (2002), 37 (44 ff.).

wäre Rechtspluralismus deshalb nur dann, wenn durch die Erweiterung des Rechtsbegriffs bestimmte Befunde – beispielsweise Machtasymmetrien innerhalb einer Ordnung oder zwischen verschiedenen Rechtsordnungen – verschleiert würden. In der Tat wird auch gegen rechtspluralistische Konzeptionen eingewandt, dass die methodische Gleichbehandlung verschiedener Ordnungen als Recht die Ungleichheit dieser Ordnungen insbesondere in Hinsicht auf ihre Einflussmöglichkeiten verdecke.<sup>77</sup> Diese Kritik erkennt jedoch, dass die Bezeichnung normativer Ordnungen als Recht in diesem Zusammenhang gerade dazu dient, ihr Verhältnis zu anderen Ordnungen sichtbar zu machen. Aussagen über den Wert oder die Geltungskraft dieser Ordnungen werden durch das Postulat ihrer analytischen Gleichwertigkeit also zunächst nicht getroffen. Vielmehr rücken entsprechende Fragen gerade durch die Ausdehnung des Rechtsbegriff in den Fokus der Analyse.<sup>78</sup> So beschäftigen sich verschiedene Untersuchungen eben mit der Frage, inwiefern sich Machtstrukturen in rechtspluralistischen Kontexten auswirken.<sup>79</sup>

Das Zusammenspiel zwischen unterschiedlichen normativen Ordnungen als Rechtspluralismus zu beschreiben, bedeutet also gerade nicht, dass diesen Ordnungen oder ihrer Interaktion wertneutral begegnet werden muss. Die Frage nach dem praktischen Umgang mit rechtspluralistischen Phänomenen stellt sich aber erst als zweiter Schritt. Die Diskussion über den Umgang mit normativer Vielfalt verdeutlicht aber, dass eine kritische Rechtspluralismusforschung Machtasymmetrien in ihre Analyse einbinden muss.

### 2.1.3.2 Kann Recht noch von anderen sozialen Normen abgegrenzt werden?

Die Öffnung des Rechtsbegriffs zur Beschreibung normativer Phänomene jenseits staatlicher Ordnungen war lange Zeit der maßgebliche

---

<sup>77</sup> Starr/Collier, Introduction, in: Starr/Collier (Hrsg.), *History and Power in the Study of Law*, 1989, S. 9 f.

<sup>78</sup> So auch Barzilai, dessen Kritik sich nicht gegen Rechtspluralismus als Konzept wendet, sondern auf blinde Flecken bisheriger Forschung hinweist, vgl. Barzilai, 9 *Theoretical Inquiries in Law* (2008), 395 (402 ff.).

<sup>79</sup> Vgl. zum Beispiel Manji, 8 *Social & Legal Studies* (1999), 435 ff.

Streitgegenstand innerhalb der akademischen Diskussion über rechtspluralistische Konzepte.<sup>80</sup> Dass die Frage, welche Konzeption von Recht die »richtige« ist, im Rahmen der Diskussion über Rechtspluralismus einen besonderen Stellenwert einnimmt, ist darauf zurückzuführen, dass Rechtspluralismus als Forschungsgegenstand erst durch eine bestimmte Konzeption von Recht existiert. Zwar ist grundsätzlich anerkannt, dass »Recht« ein Begriff ist, der eine Bandbreite an Konzeptionen und Bedeutungen ermöglicht.<sup>81</sup> Die Trennung des Rechtsbegriffs von seiner Verbindung mit dem Staat wirft aber die Frage auf, welche Möglichkeiten noch bleiben, Recht von anderen sozialen Normen zu unterscheiden.

Oft wird auf die Funktion von Recht – insbesondere die Etablierung und Erhaltung sozialer Ordnung –<sup>82</sup> oder auf dessen öffentliche Institutionalisierung<sup>83</sup> bzw. eine Kombination dieser beiden Kriterien abgestellt, um Recht von anderen sozialen Normen abzugrenzen. Für eine allgemeingültige Definition versprechen diese Kriterien allerdings nur begrenzt Erfolg.<sup>84</sup> Der Hinweis auf die erforderliche Institutionalisierung führt nur scheinbar zu größerer Klarheit. Es bleibt nämlich unklar, was eine öffentliche Institutionalisierung ausmacht. Zahlreiche rechtspluralistische Ansätze stellen deshalb maßgeblich auf den funktionellen Aspekt von Recht ab, wenn sie es als Mittel und Ausübung von sozialer Kontrolle oder Ordnung verstanden wissen

---

<sup>80</sup> Vgl. Lampe, Was ist Rechtspluralismus?, in: Lampe (Hrsg.), Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus, 1995, S. 8, Roberts, 68 *The Modern Law Review* (2005), 1 (13 ff.); ders., 42 *Journal of Legal Pluralism* (1998), 95 ff.; Tamanaha, 20 *Journal of Law and Society* (1993), 192 ff., der aber später betont, dass diese Kritik nicht grundsätzlich gegen Ideen des Rechtspluralismus gerichtet sei, sondern nur gegen die verbreiteten »essentialistischen« Konzeptionen von Recht, die zahlreichen rechtspluralistischen Ansätzen zu Grunde liegen, vgl. ders., 27 *Journal of Law and Society* (2000), 296 (299 f.).

<sup>81</sup> Nicht immer erklingt in dieser Diskussion der Hinweis, dass Definitionen kein Selbstzweck sind, sondern zumindest auch vom jeweiligen Forschungsinteresse abhängen, vgl. Benda-Beckmann, 47 *Journal of Legal Pluralism* (2002), 37 (40).

<sup>82</sup> Klassisch etwa Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, 1926.

<sup>83</sup> Hart, *The Concept of Law*, 1989, S. 89-96, dessen Konzeption sekundärer Normen letztlich auf eine Institutionalisierung zurückgreift. Im Bereich der Rechtsethnologie vertrat vor allem Bohannan, *Justice and Judgment among the Tiv*, 1957 einen solch institutionellen Ansatz.

<sup>84</sup> Tamanaha, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* (1995), 501 (515 ff.).

wollen.<sup>85</sup> Eine allgemeingültige Lösung des Abgrenzungsproblems ist hierdurch aber ebenfalls nicht möglich. Denn einerseits wird die Frage damit lediglich darauf verlagert, was als soziale Kontrolle anzusehen ist. Andererseits ist kein Grund ersichtlich, warum gerade diese Funktion und nicht eine andere kennzeichnend sein soll, etwa die Konfliktlösung oder allgemeiner die Verhaltenssteuerung.<sup>86</sup> Dies bedeutet nicht, dass Recht nicht auch als Ausdruck von sozialer Kontrolle betrachtet werden kann. Es kann jedoch nicht ausschließlich als solche definiert werden. Ein Ausweg aus diesen Definitionsschwierigkeiten wird manchmal darin gesucht, gänzlich auf eine abstrakte Definition zu verzichten.<sup>87</sup> Stattdessen werden kommunikative Handlungen in den Vordergrund gerückt. Beeinflusst durch den »linguistic turn« in den Sozialwissenschaften kommt es danach für eine Unterscheidung nicht auf Eigenschaften von Recht an, sondern auf Kommunikationsprozesse, beispielsweise auf die Benennung als Recht oder die Codierung in legal/illegal.<sup>88</sup> Recht »ist« in dieser Betrachtungsweise also nicht, sondern wird nur im Rahmen einer spezifischen Kommunikation als solches bezeichnet.

Die Frage, wie Recht von anderen normativen Erscheinungsformen abzugrenzen ist, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Gerade die für eine solche Unterscheidung wichtigen Grenzfälle lassen oftmals keine zufriedenstellende und generalisierbare Definition zu. Dies bedeutet aber nicht, dass das Problem der Abgrenzung von Recht und Nicht-Recht für einen rechtspluralistischen Ansatz größer ist als für andere Forschungszweige, die sich mit Recht beschäftigen. Denn rechtspluralistische Ansätze gehen über die Feststellung hinaus, dass es verschiedene Formen von Recht gibt. Die Anerkennung normativer

---

<sup>85</sup> Galanter, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 1 (17 f.); Griffiths, 24 *Journal of Legal Pluralism* (1986), 1 (50). Während Galanter mit der Bedeutung von Gerichten eher die Bedeutung von Institutionen hervorhebt, stehen im Artikel von Griffiths Regeln im Vordergrund. Die beiden (juristischen) Artikel spiegeln damit in gewisser Weise die beiden lange Zeit in der Rechtsethnologie vorherrschenden Zugänge zum Phänomen »Recht« wider.

<sup>86</sup> Teubner, 13 *Cardozo Law Review* (1992), 1443 (1450).

<sup>87</sup> Dupret, 1 *European Journal of Legal Studies* (2007), 1 ff.; Tamanaha, 27 *Journal of Law and Society* (2000), 296 ff.

<sup>88</sup> Teubner, 13 *Cardozo Law Review* (1992), 1443 (1450 f.); ders., *Rechtshistorisches Journal* 1996, 255 (269 ff.).



Pluralität als Vielfalt von Recht ist nur der Ausgangspunkt, der eine adäquate Analyse des Verhältnisses von Normen verschiedenen Ursprungs ermöglichen soll. Dass es nicht eine allgemeine Theorie von Recht geben kann, ist letztlich die Konsequenz der Pluralität von Recht.<sup>89</sup> »Rechtspluralismus« kann es daher auch als theoretische Konzeption nur in der Mehrzahl geben. Die Offenheit, die mit dieser Vielfalt verschiedener Konzeptionen einhergeht, mag den Umgang mit diesen erschweren.<sup>90</sup> Trotz der sehr breiten Verwendung des Begriffs in verschiedenen Kontexten ergeben sich aber gemeinsame Berührungspunkte.

### 2.1.4 Die Vielfalt rechtspluralistischer Konzeptionen

Mit der Verbreitung des Begriffs Rechtspluralismus ging zugleich eine Vermehrung der damit verbundenen Konzeptionen einher.<sup>91</sup> Ein einheitlicher theoretischer Rahmen für die Beschreibung von Rechtspluralismus existiert nicht. Dies folgt nicht nur aus der Uneinheitlichkeit der zu Grunde liegenden Rechtskonzeptionen, sondern auch daraus, dass ganz unterschiedliche Forschungsgegenstände bzw. -räume unter dem Schlagwort Rechtspluralismus untersucht werden, noch dazu aus unterschiedlichen Perspektiven. So macht es einen erheblichen Unterschied, ob beispielsweise das Verhalten individueller Akteure in einer Situation beschrieben wird, in der unterschiedliche Rechtsordnungen und Institutionen zur Durchsetzung von Interessen zur Auswahl stehen, oder ob auf einer abstrakten, ent-personalisierten Ebene der Prozess einer gegenseitigen Beeinflussung von rechtlichen Ordnungen im Vordergrund steht.

Das Verhältnis dieser verschiedenen Konzeptionen, Perspektiven und Räume des Rechtspluralismus – vom Gewohnheitsrecht ehemals kolonial beherrschter Staaten über informelle Regeln am Arbeitsplatz hin zum selbst gesetzten Recht multinationaler Konzerne – ist nach wie vor nicht geklärt. Handelt es sich hierbei um verschiedene Aus-

---

<sup>89</sup> Sack, Legal Pluralism: Introductory Comments, in: Minchin/Sack (Hrsg.), Legal Pluralism, 1986, S. 12.

<sup>90</sup> Tamanaha, 30 Sydney Law Review (2008), 375 (392) behauptet, dass Missverständnisse hierdurch unvermeidbar sind.

<sup>91</sup> Dalberg-Larsen, The Unity of Law, an Illusion?, 2000, S. 145.

prägungen ein und desselben Phänomens oder werden letztlich irreführend mit demselben Begriff Phänomene beschrieben, die nichts miteinander gemein haben? Zur Klärung dieser Frage werden drei Ansätze erläutert, die mit jeweils abweichenden theoretischen Grundlagen verschiedene als rechtspluralistisch definierte Phänomene analysieren. Die Beispiele behandeln normative Ordnungen auf der globalen Ebene, im vertikalen Verhältnis zwischen globaler und lokaler Ebene und in der multikulturellen Gesellschaft des europäischen Nationalstaats. Der weit verbreiteten Unterscheidung rechtspluralistischer Forschung in rechtswissenschaftliche und rechtsethnologische bzw. -soziologische Ansätze wird dabei nicht gefolgt.<sup>92</sup> Diese Gegenüberstellung ist nämlich zu grob, um die inzwischen existierende Vielzahl der Perspektiven auf rechtspluralistische Phänomene adäquat erfassen zu können.<sup>93</sup> Durch die Beschränkung auf bestimmte wissenschaftliche Disziplinen werden andere von der Rechtsforschung ausgeschlossen. Außerdem beeinflussen methodische Grundannahmen – wie etwa eine Einbindung in den übergeordneten theoretischen Rahmen der Systemtheorie – den Zugang zum Phänomen Rechtspluralismus oft stärker als die disziplinäre Verortung.<sup>94</sup>

#### 2.1.4.1 Die Globale Bukowina aus systemtheoretischer Perspektive

Mit Gunther Teubner ist die Beschreibung rechtspluralistischer Phänomene aus einer systemtheoretischen Perspektive verknüpft. Vor allem globale rechtliche Phänomene jenseits des Staates werden hierbei auf Grundlage eines Verständnisses von Recht als autopoietischem System ganz anders beschrieben, als dies üblicherweise im Rahmen des Diskurses zur Fragmentierung des internationalen Rechts geschieht. Grundlegend für die Systemtheorie ist die Unterscheidung zwischen System und Umwelt. Ein systemtheoretischer Ansatz ver-

<sup>92</sup> Letztlich folgt die Unterscheidung von »schwachem« und »starkem« Rechtspluralismus bei Griffiths, 24 *Journal of Legal Pluralism* (1986), 1 (7 ff.) solchen disziplinären Einordnungen.

<sup>93</sup> Griffiths weist zu Beginn seines Artikels selbst darauf hin, dass dieser auf einem älteren Vortrag beruht und nur den Forschungsstand bis zum Jahr 1981 und damit einer Zeit abbildet, die er als »combative infancy« des Rechtspluralismus bezeichnet.

<sup>94</sup> Vgl. hierzu auch die Taxonomie bei Melissaris, *Ubiquitous Law*, 2009, S. 27 ff.

steht Recht als eines von vielen funktionalen Systemen, die operativ geschlossen sind, also nicht in einem unmittelbaren Austausch mit ihrer Umwelt (anderen Systemen wie beispielsweise der Politik) stehen.<sup>95</sup> Vielmehr werden Einflüsse oder besser Irritationen aus anderen Systemen im System »Recht« durch eine rein interne Kommunikation auf Grundlage des binären Codes legal/illegal verarbeitet und reproduziert. Es ist also gerade diese operative Geschlossenheit des Systems, die paradoxerweise die besondere Form der (kognitiven) Offenheit gegenüber anderen Systemen, ihre strukturelle Koppelung, ermöglicht. Operative Geschlossenheit bedeutet deshalb nicht empirische Isolierung.<sup>96</sup> Es kann jedoch keine Kommunikation in Form einer Informationsmitteilung und ihres Verstehens zwischen einem System und seiner Umwelt erfolgen. Auf globaler Ebene existiert zwar ein rechtliches Sozialsystem jenseits national-staatlicher Rechtssysteme. Dieses ist jedoch gerade nicht durch die normative Einheitlichkeit des Nationalstaats, sondern durch Heterogenität und Fragmentierung geprägt. Diese sind Folge globaler Binnendifferenzierung, die Grenzen nicht territorial, sondern thematisch-funktional zieht. Die Bezeichnung als System bezieht sich also lediglich auf die Rückführbarkeit der Kommunikation auf den binären Code legal/illegal. Die Verwobenheit verschiedener Rechtsordnungen, wie sie insbesondere der »neue« Rechtspluralismus beschreibt, erweist sich damit als intra-systemische Kollision zwischen diesen Ordnungen. Die Bezeichnung als Recht ist einschränkend nicht bereits dann gerechtfertigt, wenn etwa Verhalten anhand des Codes legal/illegal beurteilt wird. Autonomes Recht kann es nur dann geben, wenn diese Beobachtung erster Ordnung durch – nicht zwingend staatliche – Einrichtungen einer sys-

---

<sup>95</sup> Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, insb. S. 55 ff. Außerdem Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, insbesondere S. 21 ff., S. 36 ff.

<sup>96</sup> Vgl. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S. 30 f. Zu oberflächlich ist in dieser Hinsicht daher die Kritik bei Lurjer, 16 *Rechtshistorisches Journal* (1997), 705 (707). Dass die in den meisten rechtspluralistischen Konzeptionen dominante Vorstellung von semi-autonomen Feldern auch mit der späteren Systemtheorie Luhmanns nur schwer in Einklang zu bringen ist, führt Teubner zu der Reformulierung der kognitiven Offenheit als »kreatives Missverständnis« (statt bloßer Perturbation), vgl. Teubner, 13 *Cardozo Law Review* (1992), 1443 (1447).

tematischen Beobachtung zweiter Ordnung nach dem Rechtscode unterzogen wird.<sup>97</sup>

Auf dieser Grundlage stellt sich die Fragmentierung des internationalen Rechts nicht allein als inhaltliche Widersprüchlichkeit zwischen verschiedenen Rechtsnormen dar, sondern ist Ausdruck fundamentaler Widersprüche zwischen verschiedenen weltgesellschaftlichen Regimen. Ausgehend von der Erkenntnis, dass im Rahmen der Fragmentierung nicht nur verschiedene normative Ordnungen und Politiken, sondern auch verschiedene gesellschaftliche Rationalitäten aufeinander treffen,<sup>98</sup> wird eine Beschreibung dieser Fragmentierung als ausschließlich rechtsinternes Problem abgelehnt. Beispiele wie die Auseinandersetzung um die Zwangslizenzierung von HIV-Medikamenten zeigen, wie Regime rationale Muster, die ihnen ursprünglich fremd sind, aus anderen Regimen aufnehmen. Der Austausch zwischen verschiedenen Regimen ist danach als Transformationsprozess zu verstehen, der über eine reine Aufnahme von Recht hinausgeht. Zu einer doppelten Fragmentierung des Rechts kommt es schließlich dadurch, dass nicht nur auf globaler Ebene verschiedene Regime existieren, sondern dass diese zusätzlich mit den normativen Ordnungen segmentärer oder stratifizierter Gesellschaften auf lokaler Ebene konfrontiert sind.<sup>99</sup> Kommunikation zwischen modernen und lokalen Rechten ist allerdings ausgeschlossen.<sup>100</sup> Denn diese Konfrontation geht über eine reine Rationalitätenkollision hinaus: Die ausdifferenzierten Funktionssysteme moderner Gesellschaften treffen hier auf multifunktionale, holistische, eben nicht differenzierte Strukturen.

Dieses Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rationalitäten gibt Anlass für einen neuen Umgang mit Normenkollisionen.<sup>101</sup> Dieses »neue« Kollisionsrecht muss mit dem klassischen Instrumentarium des internationalen Privatrechts brechen, insbesondere mit dessen territoria-

---

<sup>97</sup> Vgl. Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, 2006, S.42, die auf diese Weise einen Bezug zur Konzeption Harts herstellen.

<sup>98</sup> Koskeniemi, Fragmentation of International Law, 2006, Rdn. 133, Fußnote 168.

<sup>99</sup> Teubner/Korth, Zwei Arten des Rechtspluralismus, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, 2009, S. 155 ff.

<sup>100</sup> Stattdessen erfolgt, wie Teubner es schon zuvor im anderen Zusammenhang bezeichnete, ein »kreatives Missverständnis«, also ein rechtserzeugendes Missverstehen, vgl. Teubner, 13 Cardozo Law Review (1992), 1443 (1447).

<sup>101</sup> Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen, 2006, S. 23 f.

ler Anbindung. Konsequenter gedacht bedeutet dieser Ansatz, dass bestimmte Konflikte nicht mehr durch Recht gelöst werden können. Auch ist die Suche nach normativen oder institutionellen Hierarchien weder realistisch noch problemadäquat. Recht kann aber dabei helfen, Kompatibilität zwischen den verschiedenen Rationalitäten herzustellen.

#### 2.1.4.2 Globale Menschenrechte in verschiedenen Räumen

Die Beschreibung des Verhältnisses zwischen globaler und lokaler Ebene, die hinsichtlich der doppelten Fragmentierung des Weltrechts anklang, steht auch im Fokus jüngerer ethnologischer Zugänge zum globalen Rechtspluralismus. Nicht mehr ausschließlich die soziale Ordnung abgeschirmter »traditioneller« Gesellschaften, sondern Inhalte und Akteure des internationalen Rechts rücken zunehmend in den Blickpunkt der Rechtsethnologie.<sup>102</sup> Eine solche ethnologische Konzeption des globalen Rechtspluralismus versucht, die Räumlichkeit verschiedener Rechte und Rechtsbedeutungen zu berücksichtigen.<sup>103</sup> Raum ist dabei aber nicht gleichzusetzen mit einer fixen geographischen Größe. Der Nationalstaat hat auch in diesem Zusammenhang als privilegierte Einheit an Einfluss verloren, ist nur noch einer von mehreren Orten, die Recht eine bestimmte Bedeutung geben und diese zugleich durch Recht erhalten. Hier wird also nicht die Wirkung von Normen in einem abgesteckten Gebiet behandelt. Stattdessen stehen Prozesse wechselnder Beeinflussung, Aushandlung und (Re-) Interpretation im Fokus, wenn etwa Sally Engle Merry am Beispiel der internationalen Menschenrechtsbewegung gegen Gewalt in Geschlechterverhältnissen (»gender violence«) analysiert, wie globale Entstehung und lokale Umsetzung von Menschenrechten miteinander verbunden sind.<sup>104</sup>

Zwischen dem universellen Anspruch von Menschenrechten und den Besonderheiten des lokalen Kontextes besteht ein Spannungsverhältnis, das Merry aber nicht auf Wertungswidersprüche reduziert.

---

<sup>102</sup> Vgl. etwa Goodale, *Surrendering to Utopia*, 2009.

<sup>103</sup> Merry, 41 *Studies in Law, Politics and Society* (2007), 148, (159 ff.).

<sup>104</sup> Merry, *Human Rights and Gender Violence*, 2006.

Stattdessen betont sie, dass hier unterschiedliche Bedeutungshorizonte aufeinander prallen. Denn auch der transnationale Raum der Vereinten Nationen ist kulturell geprägt. Kultur wird dort jedoch – wie Merry am Beispiel der Anhörungen vor dem CEDAW-Ausschuss<sup>105</sup> illustriert – als etwas Fremdes begriffen, unter dem insbesondere Frauen in sogenannten Entwicklungsländern zu leiden haben.<sup>106</sup> Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass im UN-Diskurs ein statischer und monolithischer Kulturbegriff überwiegt. Kultur wird auf diese Weise zum Code für Rückständigkeit. Wie transnationale Akteure lokale Ordnungen verstehen, ist aber nur ein Aspekt eines wechselseitigen Austausches. Neben der globalen interessiert Merry daher auch die lokale Ebene, genauer, wie hier die zuvor in einem anderen Kontext entwickelten Menschenrechte umgesetzt werden. Auch hier spielt das Verständnis von Normen eine wichtige Rolle. Von Bedeutung ist zunächst, wie globale Menschenrechtsdiskurse in soziale Bewegungen aufgenommen werden. Im Gegensatz zur Ebene der Vereinten Nationen verstehen lokale Aktivistinnen und Aktivisten Kultur oft eher als Ressource, die helfen kann, externe Menschenrechtsideen anschlussfähig zu machen. Schließlich beschreibt Merry auch die Perspektive derjenigen, die Menschenrechte zum eigenen Schutz in Anspruch nehmen, also von Individuen, die sich als Menschenrechtssubjekte um- bzw. reinterpretieren. Auch hier werden Menschenrechte an den lokalen Kontext angepasst, in seine »Mundart« übersetzt. Dieser Transformationsprozess ist nicht leicht:

»Remaking human rights in the vernacular is difficult. Local communities often conceive of social justice in quite different terms from human rights activists.«<sup>107</sup>

Die Begrifflichkeiten und Sprachen der verschiedenen Räume unterscheiden sich also. Eine wichtige Rolle bei dem Austausch- und Verständigungsprozess nehmen deshalb Personen ein, die Konflikte aus mehr als einer Perspektive wahrnehmen und die Merry als »translat-

<sup>105</sup> Der Ausschuss überwacht gem. Art. 17 CEDAW die Umsetzung der Konvention insbesondere durch die Überprüfung der Berichte, die gem. Art. 18 von den Vertragsstaaten erstellt werden müssen.

<sup>106</sup> Merry, Human Rights and Gender Violence, 2006, S. 90 ff.

<sup>107</sup> Ebd., S. 1.

ors« bezeichnet.<sup>108</sup> Trotz deren Vermittlung kommt es jedoch zu Missverständnissen. So werden lokale Streitschlichtungsmechanismen vom CEDAW-Ausschuss fehl- bzw. einseitig interpretiert. Auch im Falle der Lokalisierung globaler Menschenrechtsnormen bleibt der Transformationsprozess unvollständig: Die Übersetzung globaler Menschenrechtsideen in den lokalen Kontext bleibt relativ oberflächlich. Eine vollständige »Indigenisierung«<sup>109</sup> der Menschenrechtsnormen findet nicht statt.

#### 2.1.4.3 Kulturelle Vielfalt und Konflikt: Rechtspluralismus und Einwanderung

Auseinandersetzungen um Normen innerhalb des Nationalstaats stehen im Vordergrund, wenn Shah die Situation eingewanderter Minderheiten in Großbritannien analysiert.<sup>110</sup> Diese ist Folge und Ausdruck einer »umgekehrten Kolonisation«: Vor allem durch die Migrationswellen nach Ende des Zweiten Weltkriegs wurde zahlreiche nicht-staatliche Rechte in Großbritannien eingeführt. Diese rechtliche Vielfalt als Folge kultureller Vielfalt wird von der staatlichen britischen Rechtsordnung nur marginal anerkannt. Oberflächlich erfolgt dadurch eine Homogenisierung, die jedoch laut Shah zu Diskriminierung durch Gleichbehandlung führt. Die Haltung britischer Behörden zu Polygamie in Einwanderungsfragen oder das Problem der »cultural defence« im Strafrecht sind dafür Beispiele.<sup>111</sup> Shah plädiert für eine Abkehr von staatszentrierten Rechtskonzeptionen, die Recht als homogen ansehen, hin zu einer postmodernen, rechtspluralistischen Konzeption, die kulturelle Vielfalt anerkennt.<sup>112</sup> Dies sei nicht nur erforderlich, um Gerechtigkeit in staatlichen Gerichten zu gewährleisten. Die Notwen-

---

<sup>108</sup> Ebd., S. 210.

<sup>109</sup> Ebd., S. 137.

<sup>110</sup> Shah, *Legal Pluralism in Conflict*, 2005. Shah konzentriert sich auf das Recht süd-ostasiatischer Minderheiten.

<sup>111</sup> Die Fälle der »kulturellen Verteidigung« sind in Deutschland vor allem unter dem Schlagwort des »Ehrenmordes« bekannt.

<sup>112</sup> Er bezieht sich dabei ausdrücklich auf die rechtspluralistische Konzeption Masaji Chibas, da diese einerseits westliches wie nicht-westliches Recht berücksichtige, andererseits keine »anti-staatliche« Ideologie zu Grunde lege, vgl. Shah, *Legal Pluralism in Conflict*, 2005, S. 2 ff. Zu dieser Konzeption Chiba, *Legal Pluralism*, 1989, insbesondere S. 171 ff.

digkeit ergebe sich auch daraus, dass »ethnische« Minderheiten in Großbritannien ihre rechtlichen Wurzeln trotz staatlicher Nichtanerkennung beibehalten – oftmals in einer »hybriden« Mischform mit staatsrechtlichen Elementen.

Shah betonte das Konflikthafte von Rechtspluralismus. Konflikt ist für ihn in erster Linie Folge unterschiedlicher Auffassungen darüber, was Recht und was rechtens ist.<sup>113</sup> Gerade diese Konflikträchtigkeit von Rechtspluralismus wird seiner Ansicht nach oftmals nicht hinreichend berücksichtigt. Die Bedeutung unterschiedlicher Verständnisse von Recht illustriert Shah etwa an der Rolle von Sachverständigen in britischen Gerichten. In einigen Bereichen geht das staatliche Rechtssystem nämlich durchaus auf rechtliche Vielfalt ein. Die Rolle dieser Expertinnen und Experten für bestimmte normative Ordnungen kann ebenfalls als die von Vermittelnden oder Übersetzenden beschrieben werden. Allerdings ist eine solche Vermittlung angesichts der Unterschiede zwischen westlichem und dem von ihm beispielhaft genannten südostasiatischen Recht schwierig. So wird etwa die im westlichen Recht herrschende strikte Trennung zwischen Recht und Gesellschaft auf südostasiatisches Recht übertragen. Dieses kenne eine solch scharfe Trennung jedoch nicht. Grund für fehlerhafte Analogien in der britischen Rechtspraxis sei eine »positivistische« Voreingenommenheit, die insbesondere Folge der juristischen Ausbildung in Großbritannien sei.<sup>114</sup> Die Dominanz »westlicher« Vorverständnisse von Recht führt also dazu, dass nicht-staatliches Recht aus anderen kulturellen Zusammenhängen anhand der bekannten Schablonen verstanden und dadurch falsch interpretiert wird. Dementsprechend plädiert Shah für eine Ausbildung, in der die Diversität der Verständnisse von Recht respektiert und eine entsprechende Offenheit vermittelt werden.<sup>115</sup>

#### 2.1.4.4 Rechtspluralismus als Phänomen der Differenz

Die beschriebenen Ansätze weisen Gemeinsamkeiten auf, obwohl ihnen grundverschiedene Konzeptionen von Recht bzw. Rechtsplura-

---

<sup>113</sup> Shah, *Legal Pluralism in Conflict*, 2005, S. 173 f.

<sup>114</sup> Shah, *Legal Pluralism in Conflict*, 2005, S. 145.

<sup>115</sup> Shah, *Legal Pluralism in Conflict*, 2005, S. 174 f.



lismus zu Grunde liegen. Diese grundsätzlichen Gemeinsamkeiten dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich bei den vorgestellten Ansätzen um Beschreibungen ganz unterschiedlicher Manifestationen des Phänomens Rechtspluralismus handelt. Rechtspluralismus ist keine empirisch feste Größe, sondern abhängig davon, aus welcher Perspektive und in welchem sozialen Raum er betrachtet wird.<sup>116</sup>

Die Ansätze verdeutlichen, dass die Diskussion über Rechtspluralismus nicht auf die Frage beschränkt werden sollte, was als »Recht« anzusehen ist. Stattdessen betonen sie die Bedeutung des Kontakts und des Austausches zwischen verschiedenen normativen Ordnungen.<sup>117</sup> Diese Interaktion ist hierbei nicht als zeitlich abgrenzbares Ereignis mit einem Anfangs- und einem Endpunkt, sondern als kontinuierlicher Prozess zu verstehen. Die Beispiele verdeutlichen außerdem, dass die Konfliktträchtigkeit des Austausches nicht nur mit dem potentiellen inhaltlichen Widerspruch zwischen verschiedenen Regeln zu tun hat. Konflikt kann daher nicht auf die Frage der Normgeltung beschränkt werden, auch wenn diese – insbesondere für eine anwendungsorientierte Forschung – von besonderem Interesse ist.

Mit einem weiten Rechtsbegriff werden Normen zusammengefasst, die sich hinsichtlich ihres Institutionalisierungsgrades oder den Durchsetzungsmechanismen erheblich voneinander unterscheiden.<sup>118</sup> In rechtspluralistischen Kontexten treffen außerdem nicht nur verschiedene Regeln, sondern auch verschiedene Rechtsvorstellungen und Rationalitäten aufeinander. Recht ist ein kulturelles Phänomen, sowohl von Kultur beeinflusst wie diese prägend.<sup>119</sup> Rechtspluralis-

---

<sup>116</sup> Vgl. Benda-Beckmann, 47 *Journal of Legal Pluralism* (2002), 37 (71 f.). Rechtspluralismus ist außerdem ein zeitlich variables Phänomen, vgl. Sezgin, 50 *Journal of Legal Pluralism* (2004), 101 (101).

<sup>117</sup> Zum Verhältnis von Rechtspluralismus- und Diffusionsforschung: Kapitel 4.3.2.

<sup>118</sup> Vgl. etwa Baer, *Rechtssoziologie*, 2011, S. 96 ff.

<sup>119</sup> Kultur ist in diesem Zusammenhang als ein relativ leeres, die Besonderheiten einzelner Ordnungen betonendes Konzept zu verstehen, als im Gegensatz zur »praesumptio similitudinis« in der Rechtsvergleichung, die Ähnlichkeit schafft. Aus sich heraus entfaltet der Begriff keinerlei Erklärungswert. Keinesfalls lässt sich ein solcher Kulturbegriff mit der Annahme einer exklusiven Kongruenz mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe – sei es die »Nation«, »Ethnie« oder ähnliches – verbinden, vgl. Büchler, *Kulturelle Vielfalt und Familienrecht*, in: Nolte (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, 2008, S. 222 ff.

mus ist umso sichtbarer, je stärker sich die Vorstellungen darüber, was Recht und rechtens ist, unterscheiden. Der Austausch zwischen verschiedenen normativen Ordnungen kann gleichermaßen von Verständigung wie von Verständnislosigkeit, von Akzeptanz des Anderen wie von seiner Ablehnung geprägt sein.<sup>120</sup> Rechtspluralismus ist in diesem Sinne deshalb also kein Nebeneinander, sondern ein Miteinander und »Übereinander sprechen« verschiedener normativer Ordnungen, ein kommunikativer<sup>121</sup> Prozess, der Austausch über und Konstruktion von Differenz beinhaltet.<sup>122</sup>

### 2.1.5 Rechtspluralismus aus der Perspektive des Staates

Die Forderung nach einer neuen, erweiterten Konzeption von Recht geht manchmal mit derjenigen einher, dass ein weiter Rechtsbegriff auch vom Staat für seinen Umgang mit anderen normativen Ordnungen zu Grunde zu legen sei.<sup>123</sup> Die empirische Frage, welche Rolle der Staat und sein Recht in der Interaktion mit nicht-staatlichem Recht einnimmt, ist von der normativen Frage zu trennen, wie der Staat auf andere Rechtsordnungen reagieren soll. Bestimmte Grundannahmen des »soziologischen« Rechtspluralismus sind nur schwer mit dem Wunsch nach normativen Aussagen für den Umgang mit diesem in Einklang zu bringen. Gleichzeitig ist eine pluralistische Neuausrichtung der Rechtsdogmatik erforderlich, will diese nicht darauf be-

---

<sup>120</sup> Wenn hervorgehoben wird, dass normative Ordnungen gleichermaßen Bedeutung stiften wie von Bedeutungszuweisungen geprägt sind, wird Rechtspluralismus von verwandten Forschungsrichtungen wie der »Privatisierung des Rechts« abgegrenzt, vgl. zu Unterschieden: Fisher, 9 *Theoretical Inquiries in Law* (2008), 473 ff.

<sup>121</sup> Kommunikation bedeutet in diesem Zusammenhang nicht simplen Austausch von Informationen, sondern ist als »komplexer symbolischer Prozess [zu verstehen], durch den Realität erzeugt, aufrechterhalten oder korrigiert« wird, Krotz, Friedrich, Gesellschaftliches Subjekt und kommunikative Identität, in Hepp/Winter (Hrsg.), *Kultur-Medien-Macht*, 2006, S. 129. Dieser Kommunikationsbegriff widerspricht damit einem systemtheoretischen Verständnis, das Kommunikation ausschließlich als systeminternen Vorgang begreift und das hier beschriebene Aufeinandertreffen von Differenz eher als Irritation bezeichnen würde.

<sup>122</sup> Dialog steht dabei ebenso zunächst allgemein für Konfrontation mit verschiedenen Logiken und Rationalitäten, nicht für eine besondere, harmonische Form des Austausches, vgl. Eberhard, 10 *Social & Legal Studies* (2001), 171 (175).

<sup>123</sup> So etwa bei Sheleff, *The Future of Tradition*, 2000.

schränkt sein, Lösungen für Probleme zu finden, die sich letztlich als zu vereinfachende Konstruktionen normativer Wirklichkeit erweisen.

#### 2.1.5.1 Die Pluralität staatlichen Rechts

Einige frühe Untersuchungen betonten die Perspektive des (kolonialen bzw. post-kolonialen) Staates und die Beschreibung der Dogmatik seines Rechts mit dem – empirisch nicht nachweisbaren – Hinweis darauf, dass dieses dominiere.<sup>124</sup> In dieser Sichtweise wird Rechtspluralismus oft als ein durch staatliches Recht zu bewältigendes Problem definiert. Ein Großteil der rechtsethnologischen Forschung konzentrierte sich dagegen lange Zeit auf nicht-staatliches Recht. Staatliches Recht wurde als Ordnung beschrieben, die dominieren und anderes Recht verdrängen will, doch in der »Lebenswirklichkeit« oft nur eine untergeordnete Stellung einnehme. Dies mag damit zu tun haben, dass die Perspektive des Staates eng mit monistischen Konzeptionen von Recht verbunden und damit verdächtig ist, verdeckt das staatszentralistische Dogma weiterzuführen.<sup>125</sup> Diese Verengung hat Nachteile: Indem sich rechtspluralistische Konzeptionen dezidiert gegen die klassischen Gegenstände rechtswissenschaftlicher Forschung wenden, wird ein interdisziplinärer Austausch erheblich erschwert.<sup>126</sup> Außerdem läuft rechtspluralistische Forschung Gefahr, selbst Opfer blinder Flecken zu werden, wenn sie Staatlichkeit zu sehr aus ihrem Blickfeld ausklammert. Denn die Bedeutung des Staates und seines Rechts zu relativieren ist eine Sache, sie gänzlich zu leugnen eine andere. Staatlichem Recht jegliche Wirksamkeit abzusprechen, würde bedeuten, das eigentliche Ziel, eine adäquatere Beschreibung rechtlicher Komplexität, zu verfehlen.

---

<sup>124</sup> Vgl. insbesondere Hooker, Legal Pluralism, 1975.

<sup>125</sup> Diese Ablehnung klingt etwa in der Bezeichnung des staatlichen Umgangs mit normativen Ordnungen als »schwache« Form des Rechtspluralismus an, vgl. Griffiths, 24 Journal of Legal Pluralism (1986), 1 (7 ff.). Allerdings macht es einen Unterschied, ob die Sicht einer normativen Ordnung – also etwa des staatlichen Rechts – auf rechtspluralistische Phänomene als allein maßgebliche angesehen wird oder ob der Umgang dieser Ordnung mit anderen Ordnungen als Forschungsgegenstand gewählt wird.

<sup>126</sup> Dick, Offizieller Rechtspluralismus im Konkurrenzverhältnis unterschiedlich geregelter Geschlechterverhältnisse, 2007, 39.

Eine rechtspluralistische Perspektive auf staatliches Recht hinterfragt dessen angebliche Einheit. Auch staatliches Recht kann auf verschiedene Quellen zurückgeführt werden, in unterschiedlichen Rechtsgebieten ganz unterschiedliche Logiken aufweisen und ist nicht zuletzt deshalb in sich nicht widerspruchsfrei.<sup>127</sup> Staatliches Recht kann zudem unterschiedlich auf normative Ordnungen nicht-staatlichen Ursprungs reagieren. Hierbei haben sich verschiedene Typisierungen herausgebildet, die grundsätzlich unterscheiden, ob eine staatliche Ordnung andere Normen und Institutionen anerkennt, verdrängt oder ignoriert, und welche Stellung ihnen im Falle ihrer Anerkennung zugestanden wird. So wird beispielsweise horizontaler von vertikalem Rechtspluralismus unterschieden.<sup>128</sup> Über eine solche binäre Gegenüberstellung gehen Beschreibungen des staatlichen Reaktionsrepertoires hinaus, die betonen, dass eine Nichtanerkennung als Recht nicht mit einer vollständigen Nichtwahrnehmung gleichzusetzen ist.<sup>129</sup> Diese Versuche, das Verhältnis zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Normen aus der Perspektive des Staates zu bestimmen, bleiben allerdings auf einem hohen Abstraktionsniveau, ohne näher zu beschreiben, was die jeweilige Reaktion des Staates in der Praxis bedeutet. Zudem ergibt sich aus solchen Taxonomien nicht, wie der Staat mit anderen normativen Ordnungen umgehen soll.

---

<sup>127</sup> Maßgeblich mit dieser Binnenperspektive, mit der Beschreibung von Pluralität staatlichen Rechts, hat sich die skandinavischen Schule der »legal polycentrists« beschäftigt, vgl. Dalberg-Larsen, *The Unity of Law, an Illusion?*, 2000. Das Verhältnis zwischen Rechtspluralismus und Polyzentrität von Recht ist schwer zu bestimmen, handelt es sich doch in beiden Fällen um Sammelbezeichnungen für wiederum ganz unterschiedliche Ansätze.

<sup>128</sup> Als horizontal bezeichnete Friedman die Gleichwertigkeit verschiedener Rechtsordnungen; vertikal ist offizieller Rechtspluralismus also dann, wenn nicht-staatliches Recht als niederrangiges Recht von staatlichem Recht anerkannt wird, vgl. Friedman, *The Legal System*, 1975, S. 196 f. Dieser vertikale Rechtspluralismus entspricht damit der (post)kolonialen Situation, die Griffiths abwertend als »schwachen Rechtspluralismus« bezeichnete.

<sup>129</sup> Siehe zum Beispiel Michaels, 51 *The Wayne Law Review* (2005), 1209 (1228 f.). Über eine binäre Gegenüberstellung versucht auch Sezgin hinauszugelangen, wenn er offiziellen Rechtspluralismus quantifizieren will, vgl. Sezgin, 50 *Journal of Legal Pluralism* (2004), 101 (106 ff.).

### 2.1.5.2 Zum staatlichen Umgang mit rechtlicher Vielfalt – Dogmatik des Konflikts?

Aus Sicht eines »soziologischen« Rechtspluralismus wäre die damit verbundene Frage nach der Letztentscheidung auch falsch gestellt. Gerade diese normative Frage rückt jedoch zunehmend in den akademischen Blickpunkt.<sup>130</sup> Die Sichtweise des Staates ist nur schwer mit einer Konzeption von Rechtspluralismus zu vereinbaren, die sich gegen die Annahme hierarchischer Verhältnisse zwischen unterschiedlichen Rechtsordnungen wendet. Staatsgewalt ist gerade an die Verfassung als obersten Rechtstext gebunden. Diese Schwierigkeit einer Verbindung lässt manche deren Unmöglichkeit postulieren: Rechtspluralismus bedeute nicht, die Responsivität staatlichen Rechts gegenüber anderen rechtlichen Ordnungen zu erhöhen. Staatlich-institutionalisiertes Recht könne nicht pluralistisch sein.<sup>131</sup>

Dennoch bleibt die Frage, wie rechtspluralistische Erkenntnisse im anwendungsorientierten Bereich der Rechtswissenschaft – der Rechtsdogmatik – beachtet werden können und diese den Umgang mit normativer Pluralität gestalten soll. Das muss nicht zwangsläufig die Anerkennung nicht-staatlichen Rechts als Recht bedeuten.<sup>132</sup> Auch jenseits einer offiziellen bzw. formalisierten Anerkennung erfolgt eine

---

<sup>130</sup> In der Praxis staatlicher Gerichte spielte diese Frage immer wieder eine Rolle, etwa in der Entscheidung des US-amerikanischen Supreme Courts in *Santa Barbara Pueblo v. Martinez* 436 U.S. 49 (1978). Der Supreme Court erklärte sich hinsichtlich der Frage, inwieweit das Recht einer Pueblo-Gemeinschaft weibliche Mitglieder diskriminiere, mit Hinweis auf die Souveränität der Gemeinschaft als unzuständig. Kritisch hierzu MacKinnon, *Feminism Unmodified*, 1987, S. 63 ff. Die gerichtliche Überprüfung der Vereinbarkeit gewohnheitsrechtlicher Normen mit menschenrechtlichen Standards hat in afrikanischen Staaten in jüngerer Zeit zugenommen, vgl. die Nachweise bei Ndulo, 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2011), 87 (102 ff.). Besondere Bekanntheit erlangte die Entscheidung des südafrikanischen Verfassungsgerichts in *Bhe and Others v. Magistrate, Khayelitsha and Others*; *Shibi v. Sithole and Others*; *SA Human Rights Commission and Another v. President of the RSA and Another* 2005 (1) BCLR 1 (CC). Das Gericht erklärte u.a. Gewohnheitsrecht für verfassungswidrig, das Töchter von der Erbfolge zu Gunsten von Söhnen ausschloss, und wendete stattdessen staatliches Recht an.

<sup>131</sup> Vgl. zu dieser Kritik Melissaris, *Ubiquitous Law*, 2009, S. 76.

<sup>132</sup> Dass eine formale Anerkennung durch einen Staat nicht zwangsläufig zu einer Stärkung normativer Ordnungen führen muss, betont beispielsweise Michaels, 51 *Wayne Law Review* (2005), 1209 (1257). Er schlägt eine Typologie unterschiedlicher Anerkennungsmodi anhand der Termini »Inkorporation«, »Deference« und »Delegation« vor.

wechselseitige Beeinflussung zwischen normativen Ordnungen. Ansätze, die eine Umsetzung rechtspluralistischer Erkenntnisse durch den Staat verlangen, beschreiben vor allem das Kollisionsrecht des Internationalen Privatrechts als »Dogmatik pluralistischer Rechtssysteme«<sup>133</sup>. Dessen klassischen Zurechnungs- und Anerkennungsinstrumente versagen aber gerade vor den Herausforderungen des Rechtspluralismus.<sup>134</sup> Ein rechtspluralistisches Kollisionsrecht müsste daher neu ausgerichtet werden und über die bloße Regelung der Anwendbarkeit von Normen hinausgehen. Ansätze zur Ausgestaltung eines neuen Kollisionsrechts beschränken sich bislang darauf, dessen Gestalt lediglich anzudeuten.<sup>135</sup> Die meisten anspruchsvolleren normativen Vorschläge orientieren sich hierfür an Habermas' Diskursethik und plädieren für prozedurale Modelle, die einen Dialog zwischen verschiedenen normativen Ordnungen erlauben.<sup>136</sup> Problematisch wird dies vor allem dann, wenn nicht-staatlichen Ordnungen autonome Entscheidungsräume gewährt werden. Solche autonomen Räume sind eine naheliegende Möglichkeit, das Verhältnis zwischen verschiedenen normativen Ordnungen zu regulieren. Als Folge würde letztlich aber gerade das Moment der Trennung überwiegen. Das Einräumen von Autonomie birgt zudem die Gefahr, dass Menschenrechts-

<sup>133</sup> Bryde, Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, in: Bryde/Kübler (Hrsg.), Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, 1986, S. 20. Die englische Bezeichnung »conflict of laws« macht die Nähe dieses Rechtsgebiets noch deutlicher.

<sup>134</sup> Büchler, Islamic Law in Europe?, 2011, S. 27 ff. Auch das Internationale Privatrecht ist derzeit stark im Fluss. So erodiert die klassische Staatsangehörigkeitsanknüpfung zunehmend, vgl. Mansel, Das Staatsangehörigkeitsrecht im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht, in: Jayme (Hrsg.), Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, 2003, S. 135 ff. In Frage kommende Alternativen wie die Anknüpfung an den Aufenthalt bieten jedoch ebenfalls nur sehr eingeschränkte da zu undifferenzierte Antworten auf die Herausforderungen kultureller Fragestellungen.

<sup>135</sup> Teubner favorisiert ein an Luhmanns soziologischer Theorie der Grundrechte orientiertes Kollisionsrecht. Für die konkrete Ausgestaltung sei jedoch »institutionelle Fantasie gefordert«, Teubner/Korth, Zwei Arten des Rechtspluralismus, in: Kötter/ Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, 2009, S. 157 f.

<sup>136</sup> Büchler, Islamic Law in Europe?, 2011, S. 93 ff. Einen differenzierteren Vorschlag unterbreitet Berman, der acht verschiedene Mechanismen (darunter etwa die aus dem Europarecht bekannten »margins of appreciation« und das Subsidiaritätsprinzip) beschreibt, um Pluralismus zu managen. Berman betont, dass es beim Umgang mit Pluralismus zwangsläufig um einen iterativen Prozess handelt, also diese Mechanismen weder für sich noch gemeinsam eine Lösung darstellen können, vgl. Berman, Global Legal Pluralism, 2012, S. 152 ff.

standards geschwächt werden.<sup>137</sup> Außerdem wird damit abermals lediglich die Frage der Geltung einander widersprechender Normen als für die Rechtsanwendung maßgebliche Frage behandelt. Der Austausch zwischen verschiedenen normativen Ordnungen kann auf Basis eines solchen Trennungsmodells nur bedingt reguliert werden.

Neben kollisionsrechtlichen Lösungsansätzen kommt auch ein Zugang über das Sachrecht, insbesondere über die Nutzbarmachung von Generalklauseln und Interessenabwägungen, in Betracht.<sup>138</sup> Deren Offenheit prädestiniert sie als »Orte der Begegnung«<sup>139</sup>. Vermeidet ein solcher Zugang allzu verallgemeinernde Abstraktionen, bleibt die damit verbundene Orientierung an Einzelfallentscheidungen jedoch notwendig ambivalent. Ein systematischer Rahmen für die Ausgestaltung des Aufeinandertreffens unterschiedlicher normativer Ordnungen als Begegnung kann hierdurch ebenfalls nicht geliefert werden. Staatliches Recht stößt, soll es sein Verhältnis zu anderen normativen Ordnungen regeln, an seine Grenzen.

#### 2.1.5.3 Erfordernis eines dialogischen Prozesses

Trotz der Begrenztheit ordnungsbezogener Lösungen innerhalb des staatlichen Rechts, ist es wichtig, das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Ordnungen auch in normativer Hinsicht als Dialog zu begreifen. Dialog bedeutet in diesem Verständnis nicht, von vornherein eine Sprache zu sprechen, sondern trotz Unterschiedlichkeit zu einer Verständigung zu gelangen. Es handelt sich damit also um eine diskurs- und prozessbetonte Sichtweise.<sup>140</sup> Ein solches Ideal kann mangels vollständiger Umsetzbarkeit nur den Maßstab liefern, anhand dessen reale Umstände und Praktiken kritisiert werden können. Es verlangt also nicht Perfektion, sondern nur Verbesserung und gegebenenfalls Optimierung. Ein solcher kritischer Maßstab ist aber nicht auf die Formulierung negativer Aussagen beschränkt. Ziel eines prozeduralisier-

---

<sup>137</sup> Vgl. etwa Baer, 6 Utrecht Law Review (2010), 56 (59 ff.).

<sup>138</sup> Vgl. Sinha, Legal Polycentricity, in: Petersen, Zahle (Hrsg.), Legal Polycentricity, 1995, S. 51 f.

<sup>139</sup> Büchler, Kulturelle Vielfalt und Familienrecht, in: Büchler/u.a. (Hrsg.), Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht, 2008, S. 230.

<sup>140</sup> Büchler, Islamic Law in Europe?, 2011, S. 93 ff.

ten Zugangs ist, das Entscheidungsverfahren des jeweiligen Einzelfalles der idealen Diskurssituation anzunähern. Kann es in einem solchen Dialog keinen überkulturellen Standpunkt geben, so gilt es doch, einen legitimierenden Rahmen für den Austausch zu schaffen. Als solcher kommen insbesondere die Grundrechte in Betracht. Denn auch wenn eine prozessbetonte Perspektive auf begrifflich-dogmatische Kohärenz und klare Normenhierarchie zumindest tendenziell zu Gunsten heterarchischer Elemente verzichtet, darf sie nicht verkennen, dass auch Ordnungen jenseits des Staates durch Ungleichheit geprägt sind. Substantielle Autonomie ist deshalb nur bei echten Wahlmöglichkeiten – etwa zwischen verschiedenen institutionellen oder normativen Optionen – gegeben.

Ob und gegebenenfalls wie Rechtspluralismus insbesondere von staatlicher Seite anerkannt oder »praktiziert« werden soll, kann nicht generell beantwortet werden. Dafür sind die jeweiligen Konstellationen mit ihren unterschiedlichen historischen Hintergründen, kulturellen Kontexten und politischen Dynamiken zu vielfältig. Forderungen nach einer entsprechenden staatlichen Reaktion müssen jedenfalls die Erkenntnisse der soziologischen Rechtspluralismusforschung berücksichtigen, wollen sie nicht Gefahr laufen, ihrerseits unterkomplexe Lösungsansätze zu liefern. Dabei sollte der sensibilisierende Grundgedanke rechtspluralistischer Konzeptionen in den Vordergrund rücken: Recht ist nicht einfach da, sondern oftmals versteckt und zudem widersprüchlich. Eine diskurstheoretische Konzeption betont in normativer Hinsicht mit dem Erfordernis umfassender Beteiligungsmöglichkeiten Aspekte, die auch für eine kritische analytische Untersuchung rechtspluralistischer Wirklichkeit von Bedeutung sind.

## 2.1.6 Rechtspluralismus als Kommunikation

Rechtspluralismus sollte nicht als ein abgeschlossenes theoretisches Gebäude, sondern besser als sensibilisierender Begriff verstanden werden.<sup>141</sup> Von besonderer Bedeutung ist dann die Erkenntnis, dass bei der Interaktion unterschiedlicher normativer Ordnungen auch

---

<sup>141</sup> So auch Benda-Beckmann, Gefangen im Rechtspluralismus, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, 2009, S. 172, 175.



verschiedene Rationalitäten und Kulturen aufeinander treffen. Dies legt die Vermutung nahe, dass eine normative Ordnung zwar externe Regeln als Recht anerkennen kann, dieses Recht aber im Rahmen seiner eigenen Rationalität rekonstruiert. Dieser Austauschprozess kann als Kommunikation bezeichnet werden. Aus einer normativen Perspektive sind dabei vor allem die Beteiligungsmöglichkeiten der Betroffenen bzw. das Vorhandensein eines offenen Dialogs kritisch zu beleuchten. Rechtspluralismus als Kommunikation zwischen verschiedenen normativen Ordnungen zu verstehen, hat auch Einfluss darauf, welche Bedeutung staatlichen Regulierungsakten – etwa gerichtlichen Entscheidungen – zukommt.

## 2.2 Die Vielzahl der Institutionen

Von der Streitschlichtung durch traditionelle Autoritäten und Dorfälteste im afrikanischen Kontext über die Kadi-Gerichte islamischen Rechts bis hin zu Schiedsverfahren zwischen internationalen Unternehmen – Konflikte werden nicht nur vor staatlichen Gerichten, sondern in einer Vielzahl weiterer Institutionen verhandelt.<sup>142</sup> Eine Untersuchung dieser institutionellen Seite des Rechtspluralismus kann zunächst die jeweiligen Akteure der Rechtsprechung und deren Verfahren beschreiben und voneinander abgrenzen. Kriterien für die Typisierung von Streitschlichtungsmechanismen sind beispielsweise, ob zu den streitenden Parteien noch andere Beteiligte treten, ob die Entscheidung in die Hände einer unbeteiligten Person gelegt wird und ob eine Entscheidung auch gegen den Willen der Parteien oder nur in Form einer Einigung möglich ist.<sup>143</sup> Liegt der Fokus auf dem Verhältnis der Institutionen zueinander und ihrer Rechtsprechung, muss darüber hinaus geklärt werden, welche Gerichtsbarkeiten von wem angerufen werden, welchen Einfluss die Gerichte selbst auf dieses Verhältnis haben und wie sie diesen Einfluss ausüben. Das Zusammenspiel zwischen Rechtssuchenden und Gerichten<sup>144</sup> ist komplex. Sowohl individuelle Rechtssuchende wie auch rechtsprechende Akteure treffen Entscheidungen, die beeinflussen, welche Gerichtsbarkeit angerufen wird, ob Konflikte angenommen werden und auf welchen normativen Grundlagen diese gelöst werden (dazu 2.2.1). Die unterschiedlichen Gerichte agieren nicht unabhängig voneinander, sondern befinden sich in einem kontinuierlichen Austausch. Die Betrachtung aus einer Governance-Perspektive legt nahe, das Verhältnis der Gerichte nicht auf Konflikt und Wettbewerb zu reduzieren, sondern auch Aspekte der Kooperation zu berücksichtigen (dazu 2.2.2). Diese Blickweise

---

<sup>142</sup> Galanter, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 1 ff.

<sup>143</sup> Ein besonders komplexes Modell mit zahlreichen Variablen findet sich etwa bei Abel, 8 *Law and Society Review* (1974), 217 (251 ff.).

<sup>144</sup> Gericht wird im folgenden als Oberbegriff für all diejenigen Institutionen benutzt, in denen Dritte einen Konflikt lösen, an dem sie nicht unmittelbar beteiligt sind. Eine Unterscheidung, ob sich die Konfliktparteien dieser Rechtsprechung freiwillig unterwerfen oder diese Rechtsprechung unabhängig vom Willen der Konfliktparteien erfolgt, wird hierbei nicht getroffen. Auch beinhaltet der Begriff hier keine weiteren Einschränkungen hinsichtlich der Gestaltung des Verfahrens.

regt dazu an, die Entscheidungen staatlicher Gerichte nicht nur als abschließende Lösungen konkreter Konflikte, sondern darüber hinaus als Interpretationsangebote zu verstehen (dazu 2.2.3).

## 2.2.1 Forum Shopping und Shopping Forums

Wichtig für die Beschreibung der institutionellen Seite von Rechtspluralismus ist die Beobachtung, dass neben den verschiedenen Gerichten, den Akteuren der Rechtsprechung, auch die Beteiligten eines Konflikts, die Rechtssuchenden, von Bedeutung sind. Denn Gerichte sind reaktiv, sind also darauf angewiesen, dass Rechtssuchende den Konflikt überhaupt erst an sie herantragen. Nicht selten stehen Rechtssuchenden für die Durchsetzung ihrer Interessen verschiedene Rechtswege offen. Diese Möglichkeit, den Ort der Rechtsprechung strategisch zu wählen, wird insbesondere in der rechtswissenschaftlichen Diskussion auch als »Forum Shopping« bezeichnet.<sup>145</sup> Es liegt nahe, dass diese Wahl durch die Erfolgsaussichten in den jeweiligen Gerichtsbarkeiten beeinflusst wird. Daneben können aber weitere Gesichtspunkte treten, wie etwa die Kosten<sup>146</sup> von Anrufung und Verfahren, die Nähe einer Institution, die Verständlichkeit des jeweiligen Verfahrens, die Dauer bis zu einer abschließenden Entscheidung oder die Chancen, eine günstige Entscheidung auch tatsächlich durchzusetzen. Auch die Frage, wie »diskret« ein Verfahren ist – also ob Verfahren und Entscheidung öffentlich gemacht werden – kann von Bedeutung sein. Einen wichtigen Einfluss übt schließlich die Beziehung der Beteiligten auf die Wahl der Gerichtsbarkeit aus.<sup>147</sup> Die Wahl der Institution hat entscheidenden Einfluss darauf, welches Recht zur Anwendung kommt. Dies erklärt, warum Forum Shopping hauptsächlich in Ab-

---

<sup>145</sup> Vgl. Cover, 22 William & Mary Law Review (1981), 639 (646).

<sup>146</sup> Kosten ist hier in einem weiten Sinne zu verstehen. Neben die materiellen Kosten, die beispielsweise durch die Gebühren eines Gerichts, Beauftragung einer (z.B. anwaltlichen) Vertretung oder die Anreise zum Gerichtsort entstehen, können soziale Kosten treten, wie etwa die Verschlechterung sozialer Beziehungen.

<sup>147</sup> Es greift zu kurz, davon auszugehen, dass besonders nahe, insbesondere familiäre Beziehungen zwangsläufig gegen die Anrufung formeller Institutionen sprechen. Auch wenn dies oft der Fall sein dürfte, ist der Zusammenhang zwischen Beziehung und Verfahrenswahl komplexer, vgl. Nader/Todd, Introduction, in: Nader/Todd (Hrsg.), *The Disputing Process*, 1978, S. 17 f.

handlungen über Kollisionsrecht diskutiert wird.<sup>148</sup> Von Forum Shopping wird strenggenommen nur dann gesprochen, wenn sich eine Konfliktpartei auf eine bestimmte Gerichtsbarkeit festlegt. Es kann allerdings auch vorkommen, dass verschiedene Gerichtsbarkeiten simultan bzw. nacheinander angerufen werden.<sup>149</sup> Die Bewertung solch strategischen Verhaltens in Rechtsprechung und Wissenschaft ist ambivalent: Meist wird Forum Shopping abgelehnt mit dem Hinweis, dass solch strategisches Verhalten einen negativen Einfluss auf die substantielle Gerechtigkeit von Gerichtsentscheidungen haben könne.<sup>150</sup> Im Gegensatz hierzu werden aber teilweise auch positive Effekte herausgestellt.<sup>151</sup> So kann die Wahlmöglichkeit etwa die Akzeptanz einer Entscheidung erhöhen. Insbesondere im Rahmen der Diskussion über das Verhältnis religiöser Gemeinschaften und ihrer normativer Ordnungen zum Staat wurde der Gedanke des Forum Shopping bemüht, um Arrangements zu entwickeln, die auch das Verhältnis unterschiedlicher normativer Ordnungen zueinander gestalten sollen.<sup>152</sup> Diesen Ansätzen ist gemein, dass sie davon ausgehen, dass Individuen ihre Wahlmöglichkeiten zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeiten

---

<sup>148</sup> Vor allem in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft genießt das Kollisionsrecht auch innerstaatlich besondere Bedeutung. Die ist in erster Linie dem komplexen föderalen Charakter der staatlichen Gerichtsbarkeit in den USA geschuldet, vgl. Cover, 22 *William & Mary Law Review* (1981), 639 ff. Cover nennt die Vielzahl von Gerichten mit überlappenden Zuständigkeiten »jurisdictional redundancy«.

<sup>149</sup> Cover bezeichnet diese Konstellationen als »synchronic redundancy« und »diachronic/sequential redundancy«, vgl. Cover, 22 *William & Mary Law Review* (1981), 639 (646 ff.).

<sup>150</sup> Kropholler, Das Unbehagen am forum shopping, in: Henrich (Hrsg.), Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag, 1985, S. 165 ff. mwN. Vgl. auch Norwood, die – selbst eher kritisch gegenüber weiten Wahlmöglichkeiten – auf den Widerspruch zwischen ausdrücklicher Ablehnung und impliziter Ermöglichung von Forum Shopping in den Entscheidungen US-amerikanischer Gerichte hinweist, vgl. Norwood, 50 *University of Miami Law Review* (1996), 267 (268).

<sup>151</sup> Algero, 79 *Nebraska Law Review* (1999), 79 ff.

<sup>152</sup> Einflussreich ist in diesem Zusammenhang Shachars Konzeption einer »transformative governance« zwischen staatlichen und religiösen Gerichten, Shacher, *Multicultural Jurisdictions*, 2001, insb. S. 117 ff. Shachar beschreibt Forum Shopping als einen Mechanismus, der – bei Vorhandensein einer Exit-Option in den jeweiligen Ordnungen – einen Anpassungsdruck auf normative Ordnungen ausübt. Dieser Ansatz ist von Vorstellungen des Wettbewerbs zwischen Rechtsordnungen bzw. des Systemwettbewerbs geprägt, vgl. zu den Grundlagen eines solchen ökonomischen Modells Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, 2002, S. 45 ff.

aufgrund rationaler Überlegungen ausüben.<sup>153</sup> Dies setzt voraus, dass die Beteiligten eines Konflikts in etwa gleich gut informiert sind und auf Basis dieser Informationen frei entscheiden können. Ob dies immer der Fall ist, ist zumindest fraglich.<sup>154</sup> Empirische Untersuchungen zeigen, dass die Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppen (etwa soziale Schicht oder Geschlecht) einen Einfluss auf den Umgang mit Konflikten – insbesondere die Mobilisierung staatlichen Rechts – hat.<sup>155</sup> Auch wenn die Gründe für dieses unterschiedliche Verhalten vielschichtig sind, spricht viel dafür, dass unterschiedliche Ressourcen der Rechtssuchenden ausschlaggebend sind und diese folglich großen Einfluss auf die Möglichkeiten der Durchsetzung von Interessen haben.

Das Verhältnis unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten wird aber nicht nur von individuellen Akteuren, sondern auch von den Gerichten selbst beeinflusst. Diese sind keine neutralen Instanzen der Rechtsprechung, sondern verfolgen ihrerseits Interessen.<sup>156</sup> Sie ringen um Zuständigkeiten und den damit verbundenen Einfluss und treten als »Shopping Forums«<sup>157</sup> neben die individuellen Akteure.<sup>158</sup> Das Verhältnis verschiedener Akteure der Rechtsprechung kann allerdings nicht auf Konkurrenz und Konflikt reduziert werden. Vielmehr kooperieren verschiedene Gerichte auch miteinander, etwa wenn sie auf die (zumindest partielle) Unterstützung anderer Akteure angewiesen sind.<sup>159</sup> Eine solche Mischung aus Zusammenarbeit und Wettbewerb zwischen unterschiedlichen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren wird insbesondere in der Governance-Forschung untersucht und diskutiert.

---

<sup>153</sup> Bereits der Begriff des »Shopping« legt eine Verbindung zu ökonomischen Analysen von Recht Nahe. In solche Studien wird mitunter zwischen effizienzsteigernder und daher akzeptabler Forumswahl und Forum Shopping unterschieden, vgl. Ghei/Parisi, 25 *Cardozo Law Review* (2004), 1367 (1390 f.).

<sup>154</sup> Vgl. Eckert, Rechtsaneignung, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen*, 2009, S. 202.

<sup>155</sup> Sandefur, 34 *Annual Review of Sociology* (2008), 339 (346 ff.) mwN.

<sup>156</sup> Vgl. für das Verhältnis zwischen nationalen und internationalen Gerichten die Beispiele bei Berman, *Global Legal Pluralism*, 2012, S. 27 ff.

<sup>157</sup> Benda-Beckmann, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 117 (117).

<sup>158</sup> Zur Etablierung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den USA, Frankreichs und der Bundesrepublik Deutschland: Herrmann, *Akte der Selbstautorisierung*, in: Vorländer (Hrsg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2006, S. 141 ff.

<sup>159</sup> Das Verhältnis verschiedener Gerichtsbarkeiten zueinander wird vor allem im Bereich des inter- und transnationalen Rechts diskutiert, vgl. Slaughter, 20 *University of Richmond Law Review* (1994), 99 (103 ff.).

## 2.2.2 Governance von und durch Rechtsprechung

Die Relativierung der Bedeutung des Staates und seiner Institutionen legt es nahe, Rechtsprechung im rechtspluralistischen Kontext als ein Phänomen von »Governance« zu begreifen und eine Anbindung an die Governance-Forschung zu suchen. Der Begriff Governance hat in den letzten Jahrzehnten vor allem in der sozial- und politikwissenschaftlichen Forschung eine hohe Verbreitung erfahren.<sup>160</sup> Als Governance-Theorie lässt sich ein Bündel unterschiedlicher Ansätze verstehen, denen gemein ist, dass sie nicht allein auf die Institutionen des Staates blicken, sondern auch nicht-hierarchische, horizontale Interaktion zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren bei der Entwicklung und Implementierung von Politik untersuchen und hierbei einen Schwerpunkt auf kooperative Handlungsformen legen. Seine Wurzeln hat der Begriff in der neueren Institutionenökonomie. Nach Ende des Kalten Krieges fand er Eingang in die Terminologie der Weltbank<sup>161</sup> und über die Rezeption in den Internationalen Beziehungen in weite Bereiche der Politik- und Sozialwissenschaften.<sup>162</sup> »Governance« dient also in erster Linie zur Beschreibung einer bestimmten Perspektive auf Phänomene der Regierungsführung. Dieser Blickwinkel zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht von einem geordneten, hierarchisch strukturierten Ganzen ausgeht. Stattdessen werden Dezentralität, Netzwerkkooperation und die arbeitsteilige Verarbeitung von Komplexität untersucht. Governance-Forschung und rechtspluralistischen

---

<sup>160</sup> Vgl. Blumentahl, 15 Zeitschrift für Politikwissenschaft (2005), 1149 ff.

<sup>161</sup> Die Weltbank definierte den Begriff als »exercise of political power«, was ihn als Synonym zu »government« erscheinen lässt, vgl. Killinger, The World Bank's Non-political Mandate, 2003, S. 10 ff.

<sup>162</sup> Wie Governance dabei definiert oder zumindest beschrieben werden soll, wird nicht einheitlich beurteilt. Oft wird zwischen weiten und engen Begriffen unterschieden: In der weiten Fassung lässt sich als Governance die Gesamtheit aller nebeneinander bestehenden Formen der kollektiven Regelung gesellschaftlicher Sachverhalte beschreiben, von der institutionalisierten zivilgesellschaftlichen Selbstregelung über verschiedene Formen des Zusammenwirkens staatlicher und privater Akteure bis hin zu hoheitlichem Handeln staatlicher Akteure. Diejenigen, denen dies zu weit geht, wollen die Verwendung des Begriffs auf kooperative Formen beschränken, denen hierarchische Entscheidungsfindung als klassisches Regieren gegenübergestellt wird, vgl. Blumentahl, 15 Zeitschrift für Politikwissenschaft (2005), 1149 (1153 f.).

Ansätze weisen daher eine Vielzahl von Berührungspunkten auf und sind füreinander von hoher Relevanz.

Werden gerichtliche Entscheidungen aus dieser Perspektive als Phänomen von »judicial governance«<sup>163</sup> verstanden, rückt zunächst das Verhältnis unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten in den Blickpunkt sowie die Art und Weise, wie Gerichte dieses Verhältnis in und durch ihre Rechtsprechung prägen. In der Rechts- und Politikwissenschaft wird insbesondere das Verhältnis zwischen globalen und nationalen Gerichten diskutiert.<sup>164</sup> Dabei rücken Verfahren, institutionelle Designs und Entscheidungspraktiken auch in Hinsicht auf den Umgang mit normativer Vielfalt in den Vordergrund.<sup>165</sup> Klare Hierarchien, wie es sie mit dem Instanzenzug innerhalb nationalstaatlicher Gerichtsbarkeiten gibt, finden sich hier nicht. Auch die Frage, ob ein Gericht die Entscheidung eines anderen Gerichts überprüfen kann, ist außerhalb des nationalstaatlichen Rahmens häufig unklar. Umso wichtiger wird das Verhalten der Gerichte, denen größere Entscheidungsspielräume zukommen. Der Austausch, der zwischen verschiedenen Gerichten erfolgt, ist daher nicht nur vom Argumentieren über die Richtigkeit, Gerechtigkeit und Angemessenheit bestimmter Deutungen und ihrer Folgen geprägt. Die Gerichte handeln auch ihre Einflussphären aus, insbesondere, wenn sie ihre eigenen Entscheidungskompetenzen gegenüber denjenigen anderer Gerichte abgrenzen.<sup>166</sup>

Mangels eindeutiger Hierarchien betonen bestimmte Ansätze innerhalb der Governance-Forschung, dass gerichtliche Entscheidungen weniger als eine abschließende Antwort, sondern eher als Teil einer

---

<sup>163</sup> So analysiert etwa Whytock das Verhältnis der Rechtsprechung nationaler Gerichte zu globalen Akteuren und benutzt hierfür den Begriff einer »transnational judicial governance«, vgl. Whytock 84 Tulane Law Review (2009-2010) 67, (70 f.)

<sup>164</sup> Vgl. beispielsweise Keohane/Moravcsik/Slaughter, 54 International Organisation (2000), 457 ff., die versuchen, verschiedene internationale Foren anhand der Kriterien Unabhängigkeit, Zugang und Implementierung von Entscheidungen zu kategorisieren.

<sup>165</sup> Vgl. etwa Berman, Global Legal Pluralism, 2012, S. 152 ff.

<sup>166</sup> Vgl. Whytock 84 Tulane Law Review (2009-2010) 67, (75 ff.). Aus neo-institutionalistischer Perspektive lässt sich das Ringen um Einfluss als Ausdruck der Zugehörigkeit zu verschiedenen »organisatorischen Feldern« verstehen. Dahinter steht der Gedanke, dass solche Felder von verschiedenen Regeln und Werten geprägt sind und Institutionen in verschiedenen Feldern unterschiedlich einflussreich sind, vgl. Shahar, 65 Journal of Legal Pluralism (2012), 133 (137 ff.).

Diskussion zu verstehen sind.<sup>167</sup> Eine solche Konzeption weist Parallelen zu Konzeptionen eines »Constitutional Dialogues« zwischen verschiedenen nationalen Verfassungsgerichten auf.<sup>168</sup> Ein anschauliches Beispiel für einen solchen Dialog stellt im europäischen Kontext das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und der nationalen Verfassungsgerichte dar. Gerade weil es hier keine klar über- bzw. unterordnende Hierarchie gibt, wurde der Begriff des Verbundes bemüht, um dieses Verhältnis zu beschreiben.<sup>169</sup> Es ist insgesamt von Kooperation geprägt, was aber nicht allein das Ergebnis bestimmter »Verbundtechniken«, sondern auch Resultat konkreter Entscheidungen der verschiedenen Akteure ist.<sup>170</sup> Die Gerichte befinden sich in dieser Konstellation miteinander im »Gespräch«.<sup>171</sup> Auch wenn ein solch hohes Maß an Vernetzung nicht typisch für das Verhältnis unterschiedlicher Gerichtsbarkeiten ist, weisen diese Ansätze in Richtung eines Verständnisses von Rechtsprechung, das über die Entscheidung eines Einzelfalls hinausgeht.

### 2.2.3 Rechtsprechung als kommunikativer Akt

Welche Bedeutung haben die Entscheidungen staatlicher Gerichte in Hinblick auf deren Verhältnis zu anderen Akteuren der Rechtsprechung? Die Analysen der Governance-Forschung zum Austausch verschiedener Gerichtsbarkeiten auf globaler Ebene können auch auf den nationalstaatlichen Rahmen angewendet werden und legen es nahe, Gerichtsentscheidungen über die Entscheidung eines konkreten Konflikts hinaus auch als Akt der Kommunikation mit anderen Akteuren

---

<sup>167</sup> Gerichte kommunizieren nicht ausschließlich mit anderen Gerichten, sondern nehmen an einem umfassenderen Austausch mit weiteren Akteuren teil, vgl. etwa die Konzeption von Gerichten als »Katalysatoren« im EU-Kontext bei Scott/Sturm, 13 *Columbia Journal of European Law* (2006-2007), 565 (570 ff.).

<sup>168</sup> Vgl. hierzu Meuwese/Snel, 9 *Utrecht Law Review* (2013), 123 ff.

<sup>169</sup> Voßkuhle, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2010), 1 (3).

<sup>170</sup> Voßkuhle, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (2010), 1 (4 ff.).

<sup>171</sup> So die Formulierung bei Baer, *Praxen des Verfassungsrechts*, in Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven*, 2013, S. 3 ff., die über die Entscheidungspraxis hinaus die Bedeutung informeller Interaktion hervorhebt.



zu begreifen. Die inhaltliche, das gerichtliche Verfahren abschließende Entscheidung durch das Urteil ist dabei ein Bestandteil der Kommunikation zwischen verschiedenen normativen Ordnungen.

Es existiert eine Vielzahl von Vorstellungen über den normativen Bedeutungsgehalt bestimmter Regeln und Vorschriften. Hieran ändern grundsätzlich auch die Entscheidungen von Gerichten nichts; abweichende Auslegungen und Vorstellungen vom normativen Gehalt einer Regel sind nach wie vor möglich. Nur für den Einflussbereich des Gerichtes besteht zunächst eine Festlegung auf eine konkrete Auslegung.<sup>172</sup> Gerichtsentscheidungen spielen aber über die Entscheidung des einzelnen Falles hinaus eine Rolle, weil sie gleichzeitig ein Angebot für eine bestimmte Interpretation an Akteure darstellen, die an dem konkreten Verfahren im Zweifel überhaupt nicht beteiligt sind. Gerichtliche Entscheidungen können in diesem Verständnis also auch dazu dienen, andere Akteure der Rechtsprechung von einer bestimmten Interpretation zu überzeugen.<sup>173</sup> Ebenso können sich Gerichte die Deutungen anderer Gerichte aneignen und diese damit stärken. Gleichzeitig markieren Gerichte Einflussbereiche, zum Beispiel indem sie andere Akteure der Rechtsprechung als gleichrangig anerkennen. Sie können auch die Entscheidungen anderer Gerichte aufheben und diese damit zwar ebenfalls anerkennen, aber gleichzeitig für sich einen hierarchisch höherstehenden Rang reklamieren. Rechtsprechung beinhaltet also die Allokation von Autorität.<sup>174</sup>

Gerichte üben auf andere Gerichte auch einen mittelbaren Einfluss aus, indem sie ein alternatives Forum für individuelle Rechtssuchende anbieten. Das Angebot einer Entscheidung richtet sich nämlich auch an diese. Gerichte senden nicht nur Informationen über die inhaltliche

---

<sup>172</sup> Cover, 97 *Harvard Law Review* (1983), 4 (53) bezeichnet diese Reduktion als Gewalt, die vom Gericht ausgeübt wird, weil sie alternative Interpretationen zerstört. Cover lehnt eine Ausübung dieser Gewalt nicht generell ab, verlangt jedoch, sie zu reflektieren und die Beschränkung auf bestimmte Interpretationen gerade beim Aufeinandertreffen verschiedener Bedeutungshorizonte oder »nomoi« mit entsprechenden Begründungen zu versehen.

<sup>173</sup> Berman identifiziert diesen Prozess als Phänomen des globalen Rechtspluralismus und bezeichnet ihn in Anlehnung an Cover als »Jurispersuasion«, vgl. Berman, 43 *Columbia Journal of Transnational Law* (2005), 485 (533 ff.). Dieses Verständnis von Gerichtsentscheidungen basiert letztlich auf diskursethischen Konzeptionen, vgl. hierzu 2.1.5.3.

<sup>174</sup> Dazu Whytock, 84 *Tulane Law Review* (2009-2010), 67 (75 ff.).

Interpretation bestimmter Normen, sondern auch über weitere Faktoren, beispielsweise ihre Bereitschaft, überhaupt zu entscheiden oder die Kosten und Dauer von Verfahren. Gerichte können so den Zugang durch ihre eigene Rechtsprechung erleichtern oder erschweren, etwa indem sie sich für die Verhandlung bestimmter Konflikte unzuständig erklären. Sie bilden damit die Grundlage für die Erwartungen individueller Akteure und tragen so zur Formung von deren Präferenzen bei.<sup>175</sup> Rechtsprechung hat also einen Einfluss auf die Attraktivität von Gerichten, darauf, ob diese von individuellen Akteuren überhaupt als Institutionen angesehen werden, durch deren Anrufung sie zu ihrem Recht gelangen können. Unter Umständen können die Entscheidungen eines Gerichts so einen Schatten auf die Verhandlungen in anderen Gerichtsbarkeiten werfen: So kann die Möglichkeit der Anrufung eines anderen Gerichts unter Umständen als Argument oder gar als Druckmittel in einem Verfahren verwendet werden.<sup>176</sup>

#### 2.2.4 Gerichte im Austausch

Konflikte werden nicht ausschließlich vor staatlichen Gerichten ausgetragen. Gleichwohl können diese mit Ihrer Rechtsprechung die Entscheidungen andere Akteure der Rechtsprechung und individuelle Rechtssuchende beeinflussen.<sup>177</sup> Die Vielzahl der Gerichtsbarkeiten zeigt, dass Recht nicht nur Mittel, sondern auch Gegenstand von Governance ist. Gerichte wenden aus der Vielzahl verschiedener Grundlagen bestimmte Normen in einer bestimmten Deutung an. Im vorherigen Abschnitt wurde für ein Verständnis von Rechtspluralismus geworben, das den Austausch zwischen verschiedenen normativen Ordnungen als Kommunikation begreift. Dementsprechend können die Entscheidungen staatlicher Gerichte nicht nur als Lösung eines konkreten Konflikts, sondern auch als kommunikativer Akt verstan-

---

<sup>175</sup> Whytock, 96 Cornell Law Review (2011), 481 (487 ff.).

<sup>176</sup> Die Schattenmetapher geht auf Mnookin und Kornhauser zurück, die in einer bekannten Studie den (hypothetischen) Einfluss staatlicher Rechtsprechung in den USA auf außergerichtliche Verhandlungen bei Scheidungen diskutieren, vgl. Mnookin/Kornhauser, 88 Yale Law Journal (1979), 950 (insb. 972 ff.).

<sup>177</sup> Galanter, The Radiating Effects of Courts, in: Boyum/Mather (Hrsg.), Empirical Theories About Courts, 1983, S. 117 ff.

den werden. Adressaten sind daher nicht nur die Parteien des Rechtsstreits sowie gegebenenfalls andere staatliche Gerichte, sondern darüber hinaus allgemeiner auch andere Gerichtsbarkeiten.

Den verschiedenen Gerichtsbarkeiten stehen allerdings ganz unterschiedliche Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung. Die Kommunikation von Recht zwischen normativen Ordnungen ist nicht als machtfreier Dialog zu verstehen. Eine Beschreibung von Gerichten als Governance-Institutionen muss Momente des Ausschlusses und der Unterordnung berücksichtigen, wenn sie nicht machtblind sein will.<sup>178</sup> Dies gilt umso mehr, wenn Vorschläge zum Umgang mit normativer Vielfalt koloniale Arrangements reproduzieren.<sup>179</sup> Wie sehr asymmetrische Machtverhältnisse diesen Austausch prägen, wird deutlich, wenn das Verhältnis zwischen Gewohnheitsrecht und staatlichem Recht in Afrika als prominentes Beispiel für Rechtspluralismus betrachtet wird.

---

<sup>178</sup> So die Kritik bei Mayntz, Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 56. Dass dies gerade bei einem analytischen Verständnis von Governance nicht zwingend der Fall ist, betont Blumenthal, 15 Zeitschrift für Politikwissenschaft (2005), 1149 (1172).

<sup>179</sup> Dies gilt auch für solche Governance-Arrangements, die ausdrücklich ein »Empowerment« derjenigen bewirken sollen, die innerhalb bestimmter Gemeinschaften marginalisiert werden. So erkennt etwa Shachar die kolonialen Vorläufer ihres Modells an, stellt aber lapidar fest, dass dies nicht gegen das Modell spreche, Shachar, Multicultural Jurisdictions, 2001. S. 106.

## 2.3 Gewohnheitsrecht in Afrika

Das Verhältnis zwischen lokalem Gewohnheitsrecht und dem Recht des (post-)kolonialen Staates ist nach wie vor der wohl prominenteste Gegenstand der Rechtspluralismusforschung.<sup>180</sup> Wie wichtig Themen wie Differenz, Repräsentation, Macht und Exklusion im Rahmen der Konstruktion von Recht sind, lässt sich besonders gut am Beispiel »afrikanischen«<sup>181</sup> Gewohnheitsrechts illustrieren. Gewohnheitsrecht hat seinen festen Platz in der juristischen Rechtsquellenlehre, ohne dass jedoch von einer ausdifferenzierten Konzeption gesprochen werden kann. Grundsätzlich handelt es sich bei Gewohnheitsrecht um ungeschriebene Normen, die sich aus dem Verhalten und den Überzeugungen einer sozialen Gruppe ergeben (dazu 2.3.1). Dieser beschränkten theoretischen Konzeptualisierung steht eine Vielzahl wissenschaftlicher Arbeiten über gewohnheitsrechtliche Ordnungen gegenüber, die vor allem im kolonialen und postkolonialen Kontext afrikanischer Länder entstanden sind und weitere Charakteristika gewohnheitsrechtlicher Ordnungen beschreiben. Gewohnheitsrecht galt zur Zeit des Kolonialismus als primitives Recht, dem das eigene – als überlegenes – Recht gegenüber gestellt wurde (dazu 2.3.2). Inzwischen ist ein Wandel in der Bewertung gewohnheitsrechtlicher Ordnungen festzustellen. Wurde Gewohnheitsrecht zunächst als normativer »Atavismus« im modernen Staat betrachtet, wird heutzutage – etwa im Diskurs der Entwicklungszusammenarbeit – zunehmend auf seine anhaltende Bedeutung und bestimmte Vorzüge hingewiesen (dazu 2.3.3). Vielfach werden jedoch Bedenken geäußert, inwieweit internationale Menschenrechtsstandards in gewohnheitsrechtlichen Ordnungen gewährleistet werden (dazu 2.3.4). Außerdem weckt der kolonialgeschichtliche Hintergrund Zweifel an dem Inhalt offizieller Darstellungen von Gewohnheitsrecht. Der verbreiteten Gegenüberstellung

---

<sup>180</sup> Merry bezeichnet entsprechende Untersuchungen als Beispiele des »classic legal pluralism«, vgl. Merry, 22 *Law & Society Review* (1988), 869 (872).

<sup>181</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf gewohnheitsrechtliche Ordnungen in sub-saharischen Ländern. Da es zwischen diesen Ordnungen zum Teil große Unterschiede gibt, ist eine Beschreibung als »afrikanisches« Recht problematisch. Eine Übersicht zum heutigen staatlichen Umgang mit Gewohnheitsrecht in afrikanischen Ländern findet sich bei Nelle, *Recht in Afrika* (2006), 69 / 74 ff.).

vom offiziellen Gewohnheitsrecht staatlicher Gerichte und einem authentischen, »lebenden« Gewohnheitsrecht außerhalb dieser Gerichte wird hier gleichwohl nicht gefolgt (dazu 2.3.5). Stattdessen kann staatliche Rechtsprechung besser als Übersetzungsprozess verstanden werden, der zwangsläufig zu einer Transformation von Recht führt.

### 2.3.1 Ausgangspunkt

In der Rechtswissenschaft spielt Gewohnheitsrecht heute besonders im internationalen Recht eine Rolle.<sup>182</sup> Mit dem Begriff »Gewohnheitsrecht« können ganz allgemein solche Normen beschrieben werden, die sich aus den Praktiken einer bestimmten Personengruppe und der ihnen zugrunde liegenden Überzeugungen ergeben.<sup>183</sup> Diese Grundkonzeption von Gewohnheitsrecht als Recht, das in der sozialen Praxis einer Gruppe zum Ausdruck kommt, ist für sämtliche Bereiche identisch, in denen der Begriff verwendet wird. Sie enthält zwei Komponenten: Gewohnheitsrecht äußert sich erstens in einem bestimmten Verhalten. Dieses muss zweitens von einer gemeinsamen Überzeugung getragen sein. Es wird damit auf einen materiellen (entsprechendes Verhalten) und einen psychologischen (gemeinsame Überzeugung) Aspekt zurückgegriffen.<sup>184</sup> Die Verbindung dieser beiden Aspekte ist jedoch zirkulär.<sup>185</sup> Denn die gemeinsame Überzeugung muss sich im tatsächlichen Verhalten manifestieren. Von der Vielzahl menschlichen Verhaltens soll aber nur solches eine normative Kraft entwickeln, das von einer entsprechender Überzeugung getragen ist. Beide Elemente des Definitionsversuches verweisen also aufeinander. Die damit verbundene Unbestimmtheit verdeutlicht, dass es für die Rechtsforschung schwierig ist, den Inhalt von Gewohnheitsrecht zu bestimmen.

---

<sup>182</sup> Dazu etwa Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 388 ff.

<sup>183</sup> Hamnett, *Chieftainship and Legitimacy*, 1975, S. 14.

<sup>184</sup> Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1989, S. 150. Das Erfordernis der sog. *opinio necessitatis* wird bereits in römisch-rechtlichen Quellen ausgedrückt, vgl. Watson, *An Approach to Customary Law*, in: Dundes *Renteln/Dundes* (Hrsg.), *Folk Law*, 1995, S. 143 f.

<sup>185</sup> Darauf weist auch Koskeniemi bezüglich der Konstruktion internationalen Gewohnheitsrechts hin, vgl. Koskeniemi, *From Apology to Utopia*, 2005, S. 410 f.

Gleichwohl kann diese Konzeption helfen, zumindest eine Annäherung an den Untersuchungsgegenstand zu ermöglichen. Zur weiteren Eingrenzung wird der Definition – insbesondere im europäischen Kontext – oft noch ein Zeitmoment hinzugefügt: Die Überzeugungen müssen seit »time immemorial« oder zumindest seit »geraumer Zeit« praktiziert werden, ohne dass diese unbestimmten Begriffe genauer ausgefüllt werden.<sup>186</sup> Dieser zeitliche Aspekt spiegelt sich in der Bezeichnung »Gewohnheit« wider. Das damit verbundene Mehr an Abgrenzbarkeit bedeutet aber zugleich, dass aktuelle Veränderungen sozialer Handlungsmuster nicht berücksichtigt werden können. Das Erfordernis einer historischen Etablierung beinhaltet daher zwangsläufig ein konservatives Element.

Die Schwierigkeiten in der Beschreibung setzen sich bei der Bezeichnung fort. Bis heute hat sich keine einheitliche terminologische Verwendung für die Phänomene durchgesetzt, die regelmäßig mit dem Begriff des Gewohnheitsrechts beschrieben werden. Neben »customary law« finden sich Bezeichnungen wie »tribal law«, »native law«, »traditional law«, »indigenous law«, »autochthonous law«, »people's law«, »folk law« oder »local law« und ihre jeweiligen Übersetzungen ins Deutsche. Erschwert wird der Umgang mit dieser Begriffsvielfalt dadurch, dass nicht nur die verschiedenen Termini, sondern auch das jeweilige Verständnis der Begriffe teilweise erheblich voneinander abweichen.<sup>187</sup> Am geläufigsten ist die englische Bezeichnung »customary law«. Im Folgenden wird dessen deutsche Übersetzung Gewohnheitsrecht in ihrer weitesten Form verwendet. Dies bedeutet, dass der Begriff sowohl die Bezeichnung informeller als auch formalisierter Versionen von Recht umfasst, das seinen Ursprung nicht im Staat, sondern im Verhalten und den Überzeugungen einer Gesellschaft hat beziehungsweise dem ein solcher Ursprung zugeschrieben wird.

---

<sup>186</sup> Im Common Law wurde der Zeitpunkt für das Bestehen gewohnheitsrechtlicher Ansprüche lange Zeit auf den Herrschaftsantritt Richards des I. am 3. September 1189 fixiert. Dieses vergleichsweise willkürlich gewählte Datum wurde im Jahre 1832 aufgehoben, vgl. Lobban, Custom, Common Law Reasoning and the Law of Nations in the nineteenth Century, in: Perreau-Saussine/Murphy (Hrsg.), The Nature of Customary Law, 2007, S. 258 ff.

<sup>187</sup> Eine ausführliche Darstellung verschiedener Bezeichnungen und Standpunkte findet sich z.B. bei Wanitzek, Kindschaftsrecht in Tansania, 1986, S. 15 ff.

### 2.3.2 Charakterisierung von Gewohnheitsrecht in Afrika

Seit dem Kolonialismus gibt es wissenschaftliche Beschreibungen von gewohnheitsrechtlichen Ordnungen in afrikanischen Ländern.<sup>188</sup> Bestimmte Grundannahmen haben sich zwischenzeitlich gewandelt. Noch am Anfang des 20. Jahrhunderts überwog etwa die Ansicht, dass es sich bei Gewohnheitsrecht um uralte, unverändert überlieferte Normen handelt. Verbunden hiermit war die Vorstellung, dass in Afrika vor dem Kontakt mit Europa gewissermaßen ein Kontinent ohne Geschichte war.<sup>189</sup> Eine Revision dieser Überzeugung verbreitete sich erst zu Beginn der 1950er Jahre. Andere Charakteristika haben ihre Ursprünge ebenfalls in der kolonialen Forschung, sind aber nach wie vor verbreitet: Als personales Recht einer bestimmten Gemeinschaft hängt seine Geltung von der Mitgliedschaft zu dieser ab. Gewohnheitsrecht zielt in erster Linie darauf ab, den inneren Frieden der Gruppe zu bewahren. Als mündlich überliefertes Recht kennt es keine ausgeprägte Professionalisierung. Dadurch ist es gleichermaßen flexibel wie anpassungsfähig. Allerdings herrscht im Vergleich zu schriftlichem Recht auch größere Rechtsunsicherheit.

---

<sup>188</sup> Siehe die Zusammenstellung mit weiteren Hinweisen bei Dundes-Renteln/Dundes, *Folk Law*, 1995. Klassische Arbeiten der Rechtsethnologie sind Schapera, *A Handbook on Tswana Law and Custom*, 1938 und Evans-Pritchard, *The Nuer*, 1940. Einen historisierenden Zugriff verfolgten spätere Arbeiten wie Chanock, *Law, Custom, and Social Order*, 1985 und Moore, *Social Facts and Fabrications*, 1986. In jüngerer Zeit wurden verschiedene deutschsprachige juristische Untersuchungen zu Gewohnheitsrecht im südlichen Afrika veröffentlicht, vgl. Lehnert, *Afrikanisches Gewohnheitsrecht und die südafrikanische Verfassung*, 2006; Mehlitz, *Die Stellung des Customary law im Zivilrechtspluralismus Namibias*, 2004; Schmidt-Jortzig, *Die Stellung der Traditional Leaders in der Neuen Südafrikanischen Verfassung*, 1998.

<sup>189</sup> Ranger, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in: Hobsbawm/Ranger (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, 1983, S. 247 f., der darauf hinweist, dass diese Leugnen einer dynamischen Vergangenheit nicht ausschließlich abwertend war, sondern die Kontinuität von Tradition auch positiv gesehen wurde. Gleichwohl diene diese Gegenüberstellung zur Einteilung in abweichende Entwicklungsstufen. Die Negation fremder Geschichte(n) ging dabei einher mit der Trennung in separate nationale Geschichten, vgl. Wolf, *Die Völker ohne Geschichte*, 1986, der stattdessen historische Verflechtungen nachzeichnet.

### 2.3.2.1 Gewohnheitsrecht als »ethnisches« Recht

Gewohnheitsrecht ist personales Recht: Anknüpfungspunkt für die Zurechnung einer gewohnheitsrechtlichen Ordnung ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe innerhalb des Nationalstaats, nicht eine territoriale Verbindung zu einem bestimmten Raum.<sup>190</sup> Gewohnheitsrecht wird deshalb regelmäßig als »ethnisches« Recht konzipiert. Im konkreten Fall wird das spezifische Gewohnheitsrecht der {Ethnie} untersucht oder beschrieben. Obwohl nachgewiesen wurde, dass der Begriff der »Ethnie« für die Beschreibung von Gruppen an seine Grenzen stößt, ist er heute der mit Abstand verbreitetste. Alternativen wie beispielsweise die Bezeichnung als »Stamm« werden wegen ihrer rassistischen Verwendung zu Kolonialzeiten inzwischen weitgehend vermieden. Allerdings laufen auch Ersatzbegriffe wie »Ethnie« Gefahr, entsprechende Inhalte verdeckt zu reproduzieren, wenn sie einfach nur an die Stelle eines anderen Wortes rücken.<sup>191</sup> Allzu leicht wird »Ethnie« beispielsweise alterisierend verwendet, etwa wenn der Begriff ausschließlich auf nicht-westliche Gesellschaften bezogen wird. Diese werden hierdurch aufgrund der »immer noch großen Bedeutung von Ethnizität« als rückständig gekennzeichnet. Der Begriff wirkt zudem homogenisierend.<sup>192</sup> Vorstellungen über festgezogene Grenzen und entsprechende Gruppenzugehörigkeiten – die oftmals durch Zurechnung eines »angestammten« Heimatgebiets zu einer problematischen Territorialisierung führen – wurden inzwischen widerlegt.<sup>193</sup> Essentialistische Konzeptionen von

---

<sup>190</sup> Zum Begriff des personalen Rechts: Dick, *Offizieller Rechtspluralismus im Konkurrenzverhältnis unterschiedlich geregelter Geschlechterverhältnisse*, 2007, S. 28 f.

<sup>191</sup> So Arndt/Hornscheidt, *Ethnie*, in: Arndt/Hornscheidt (Hrsg.), *Afrika und die deutsche Sprache*, 2004, S. 124 ff., die den Begriff der Ethnie verwerfen und stattdessen auf »Gesellschaft« oder Eigenbezeichnungen als Alternativen verweisen.

<sup>192</sup> Ein solcher »Gruppismus« ist ein verbreitetes Problem bei der Beschreibung von Gruppen, vgl. Brubaker, *Ethnicity without Groups*, 2004, S. 7 ff.

<sup>193</sup> Lentz/Nugent, *Ethnicity in Ghana*, in: Lentz/Nugent (Hrsg.), *Ethnicity in Ghana*, 2000, S. 2 ff. Insbesondere diese Territorialisierung beherrscht auch heute noch gemeinsam mit essentialistischen Verständnissen von Kultur, Sprache, Tradition die zahlreichen Rechtstexten zum Schutz von Minderheiten. Dies zwingt diesen eine Pflicht zur Authentizität auf und verfestigt damit nicht nur ihr »Anders-Sein«, sondern schreibt den Minderheiten auch vor, wie sie anders zu sein haben, vgl. schwerpunktmäßig zur europäischen Situation Toivanen, 45 *SWS-Rundschau* (2005), 185 (196 ff., 201 ff.).



Gruppen als feststehende, von gemeinsamer Tradition und Einigkeit geprägte Einheiten sind deshalb abzulehnen. Folge einer solchen Gruppenbeschreibung ist beispielsweise, dass diese Homogenität und Eintracht suggerieren, wo sich stattdessen Unterschiede und Auseinandersetzungen finden. Gleichwohl lassen sich hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltung des Zusammenlebens Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen verschiedenen Gruppen ausmachen. Bekanntestes Beispiel für eine solche Unterscheidung ist die Einordnung der Verwandtschaftsverhältnisse in matrilineare und patrilineare Ordnungen, also danach, ob sich die Abstammung nach der mütterlichen oder der väterlichen Linie bestimmt. Diese Unterscheidung hat unmittelbare rechtliche Auswirkungen, insbesondere hinsichtlich der Erbfolgeregelungen. Im Folgenden wird die Bezeichnung »Gesellschaft« verwendet, um Unterschiede zwischen verschiedenen Gruppen in Hinsicht auf Sprache, Geschichte(n) und Ordnung zu kennzeichnen, ohne ein überkommenes essentialistisches Verständnis zu verfestigen. Personale Anknüpfung bedeutet also nicht, dass es *das* Recht *der* {Gesellschaft} gibt.

### 2.3.2.2 Gewohnheitsrecht als »restauratives« Volksrecht

Die staatliche Anerkennung von Gewohnheitsrechten ist meist auf bestimmte Rechtsgebiete, insbesondere die rechtliche Regulierung familiärer Verhältnisse, das Erb- und das Landrecht beschränkt.<sup>194</sup> Gewohnheits-Strafrecht wird dagegen beispielsweise nicht anerkannt. Dies wäre auch angesichts der fehlenden schriftlichen Fixierung problematisch. Die mangelnde staatliche Anerkennung darf aber nicht zu der Annahme verleiten, dass gewohnheitsrechtlichen Ordnungen Verhaltenssteuerung durch sanktionsbewehrte Verbote fremd ist.<sup>195</sup> Sie kennen allgemein keine scharfe Einordnung in verschiedene Rechtsgebiete oder eine Trennung zwischen Verfahrens- und Sachnormen. Auch eine Professionalisierung der Rechtsanwendung ist gewohn-

---

<sup>194</sup> Etwa Lehnert, Afrikanisches Gewohnheitsrecht und die südafrikanische Verfassung, 2006, S. 153 f. für Südafrika.

<sup>195</sup> Dazu etwa Bennet, Customary Criminal Law in the South African Legal System, in: Fenrich/Galizzi/Higgins, The future of African customary law, 2011, S. 363 ff. mwN.

heitsrechtlichen Ordnungen weitgehend fremd.<sup>196</sup> Gewohnheitsrecht wird mündlich überliefert und nicht von einer zentralen Instanz gesetzt. Gewohnheitsrechtliche Ordnungen weisen zudem oft metaphysische Elemente auf. Beispiele sind etwa die Tabuisierung als besondere Form des Verbots oder die Berücksichtigung bestimmter Vorstellungen über Hexerei.<sup>197</sup> Ein anderes Beispiel für solche metaphysischen Einflüsse findet sich im Beweisrecht, in dem Schwüre eine herausgehobene Bedeutung für die Klärung umstrittener Fakten haben.<sup>198</sup>

Die fehlende schriftliche Fixierung von Gewohnheitsrecht führt zu einem gewissen Maß an Unbestimmtheit.<sup>199</sup> Daraus ergibt sich ein hohes Maß an Flexibilität in der Anwendung der Normen; zugleich folgt aber ein geringeres Maß an Rechtssicherheit. Zwar existieren auch in gewohnheitsrechtlichen Ordnungen konkrete Normen. Feste Regeln, die einem »Wenn-Dann-Schema« entsprechen und so eine Entscheidung nicht nur logisch ableitbar erscheinen lassen, sondern ihre Anwendung unabhängig vom jeweiligen Einzelfall ermöglichen, spielen in gewohnheitsrechtlichen Streitschlichtungsmechanismen aber nur eine untergeordnete Rolle. Auch ist es nur von geringer Bedeutung, dass Konflikte auf gleiche Art und Weise gelöst werden, wie ähnlich gelagerte Auseinandersetzungen in der Vergangenheit. Gewohnheitsrechtlichen Normen wird daher eher Prinzipien-Charakter zugesprochen.<sup>200</sup> Eine mindestens ebenso große Rolle spielt für die Beendigung von Konflikten das Verfahren als solches.<sup>201</sup> Neben der mangelnden schriftlichen Fixierung wird die geringere Bedeutung eindeutiger Regeln auch damit erklärt, dass Mechanismen zur Beilegung von

---

<sup>196</sup> Lehnert, *Afrikanisches Gewohnheitsrecht und die südafrikanische Verfassung*, 2006, S. 19.

<sup>197</sup> »Witchcraft« muss nicht zwangsläufig von Frauen ausgeübt werden, sondern dient meist als negativ belegter Sammelbegriff für den Einsatz übernatürlicher Mittel (oft zum Schaden Anderer). Gewalt, die mit »Notwehr« gegen Witchcraft legitimiert wird, ist allerdings oft vergeschlechtlicht, vgl. etwa Adinkrah, 10 *Violence Against Women* (2004), 325 (334 ff.).

<sup>198</sup> Vgl. Oba, 52 *Journal of African Law* (2008), 139 ff.

<sup>199</sup> Bennett/Vermeulen, 24 *Journal of African Law* (1980), 206 (212).

<sup>200</sup> Etwa Bennett, *Customary Law in South Africa*, 2004, S. 3. Der Begriff wird in diesem Zusammenhang verwendet, um den Gegensatz zu festen und eindeutigen Regeln auszudrücken, sollte aber nicht mit der rechtstheoretischen Figur des Prinzips gleichgesetzt werden. Zur letzteren: Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 182 ff.

<sup>201</sup> Comaroff/Roberts, *Rules and Processes*, 1981, S. 79 f.

Streitigkeiten im gewohnheitsrechtlichen Kontext andere Ziele verfolgen als Rechtsstreitigkeiten vor staatlichen Gerichten und dass die getroffenen Entscheidungen anderen Begründungslogiken folgen: Diese entscheiden den konkreten Konflikt im Rahmen einer bestehenden Dogmatik. Rechtssystematik und -klarheit – und damit auch Vorhersehbarkeit – werden betont und stehen mit der Einzelfallgerechtigkeit in einem Spannungsverhältnis. Die jeweilige Entscheidung ergeht unter Hinweis auf einzelne Regeln, die unabhängig vom jeweiligen Streit gelten. In gewohnheitsrechtlichen Ordnungen werden dagegen die konkreten persönlichen Beziehungen der Konfliktparteien zueinander hervorgehoben und oft die Gemeinschaft in die Lösung mit eingebunden. Zwar sind der Schutz der Einzelperson und die Zuweisung bestimmter individueller Rechte auch gewohnheitsrechtlichen Ordnungen bekannt. Diese stehen jedoch im Schatten von Gemeinschaftsrechten und Pflichten gegenüber der Gruppe.<sup>202</sup> Eine solche Behandlung von Konflikten wird auch als »restaurativ« bezeichnet, um damit zu beschreiben, dass Konsensbildung und Wiedergutmachung als Ziele das Verfahren prägen.<sup>203</sup> Gewohnheitsrecht kann also am besten als Repertoire von flexiblen Leitideen und einzelnen festen Regeln verstanden werden.<sup>204</sup>

Beschreibungen, die in diesem Zusammenhang das »Harmoniestreben« in gewohnheitsrechtlichen Ordnungen zu sehr betonen, laufen allerdings Gefahr, das Zusammenleben in afrikanischen Gesellschaften zu romantisieren.<sup>205</sup> Stattdessen ist genau darauf zu achten, welche

---

<sup>202</sup> Insbesondere der Familienverband hat eine hervorgehobene Stellung. Familienverband bedeutet dabei die Großfamilie, der im afrikanischen Kontext eine erhebliche soziale Bedeutung zukommt, vgl. Spellenberg, Familie und Individuum in der afrikanischen Gesellschaft, in: Schünemann (Hrsg.), Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, 2002, S. 292, der allerdings einen gesellschaftlichen Wandel dahingehend ausmacht, dass die Großfamilie insbesondere aufgrund wirtschaftlicher Veränderungen zunehmend an Bedeutung verliert.

<sup>203</sup> Solche Ansätze zur Konfliktbewältigung werden im Englischen allgemein unter dem Begriff »restorative justice« zusammengefasst, vgl. Menkel-Meadow, 3 Annual Review of Law and Social Sciences (2007), 161 ff. mit weiteren Nachweisen, auch zu Bestrebungen, entsprechende Grundsätze in staatliches Recht, insbesondere im Bereich des Strafrechts, einzuführen.

<sup>204</sup> Comaroff/Roberts, Rules and Processes, 1981, S. 79, 237 ff.

<sup>205</sup> Vgl. etwa Sheleff, der unterschiedliche »Kulturen« des Shaming und der Schuld identifiziert, um sodann die Shaming-Kultur »tribalen« Gesellschaften und die Schuld-Kultur westlicher Staatlichkeit zuzuordnen, vgl. Sheleff, The Future of Tra-

Akteure in welchen Konstellationen für Ausgleich und Wiederherstellung des »sozialen Friedens«, nicht aber beispielsweise für Bestrafung oder die klare Durchsetzung individueller Interessen plädieren. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass gewohnheitsrechtliche Normen außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit in sehr unterschiedlichen Kontexten – etwa in der Rechtsprechung durch traditionelle Autoritäten, aber auch in innerfamiliären Konfliktlösungsverfahren – herangezogen werden. Strenggenommen gibt es also nicht den authentischen Kontext der Anwendung von Gewohnheitsrecht, sondern eine Vielzahl unterschiedlicher Situationen.<sup>206</sup>

### 2.3.2.3 Gewohnheitsrecht als »adaptives« Recht

Gingen frühe Beschreibungen davon aus, dass Gewohnheitsrecht statisch sei und über Generationen unverändert überliefert und befolgt werde, so wurde bereits in der Zeit des Spätkolonialismus in den 1950er Jahren die Dynamik gewohnheitsrechtlicher Ordnungen betont.<sup>207</sup> Verändern sich die jeweiligen Praktiken – etwa aufgrund wirtschaftlichen und sozialen Wandels – und die den Verhaltensmustern zu Grunde liegenden Überzeugungen, so ändern sich die jeweiligen gewohnheitsrechtlichen Normen entsprechend. Deren Ursprung in sozialen Praktiken bedeutet also, dass sie von ihrer jeweiligen Umwelt abhängig sind und damit einem kontinuierlichen Wandel unterliegen.<sup>208</sup> Dieser Prozess wird durch die orale Weitergabe der Normen begünstigt. Außerdem ist mangels zentraler Rechtsetzungsorgane kein formelles Verfahren zur Änderung von Gewohnheitsrecht erforderlich. Eine Veränderung von Gewohnheitsrecht muss nicht immer als ausdrückliche Abkehr von vorherigen Überzeugungen wahrge-

---

dition, 2000, S. 305 f.

<sup>206</sup> Benda-Beckmann, 28 *Journal of African Law* (1984), 28 (30).

<sup>207</sup> Dies gilt nicht nur für die Forschung, sondern auch für den Umgang der Kolonialverwaltung mit Gewohnheitsrecht. Offensichtliche Widersprüche – insbesondere zwischen der inneren Dynamik gewohnheitsrechtlicher Ordnungen und der Befürwortung von Verschriftlichung – schien letztere nicht zu stören, vgl. Moore, 26 *Law & Society Review* (1992), 11 (21 f.).

<sup>208</sup> Bryde schlägt daher die Bezeichnung »spontanes« Recht vor, vgl. Bryde, 12 *Africa Spectrum* (1977), 117 (125).

nommen werden, steht also nicht zwingend im Widerspruch zu seiner Legitimierung unter Hinweis auf Tradition.<sup>209</sup>

Zwar gibt es Beispiele für die Ergebnisse solcher Veränderungsprozesse, wie etwa die Veränderung von Normen aufgrund des Wandels in den landwirtschaftlichen Produktionsmethoden.<sup>210</sup> Vor allem der Wechsel von kleinbäuerlicher Selbstversorgung zu marktwirtschaftlichen Produktionsverhältnissen trägt maßgeblich zur Veränderung gewohnheitsrechtlicher Ordnungen bei.<sup>211</sup> Wie genau gesellschaftliche Veränderungen zu normativem Wandel führen, konnte jedoch bislang nicht erklärt werden.<sup>212</sup> Es ist fraglich, ob jede Veränderung der gesellschaftlichen Umstände automatisch zu einer Veränderung von Denken, Werten und Handeln führt – eben jenen Aspekten, die zur Bestimmung von Gewohnheitsrecht herangeführt werden. So ist gerade bei tiefgreifenden gesellschaftlichen Veränderungen ebenfalls eine Rückbesinnung auf Althergebrachtes als Abwehrreaktion denkbar.<sup>213</sup> Jedenfalls legen jüngere Untersuchungen nahe, dass normative Veränderungen oft heftig umstritten sind.<sup>214</sup> Strenggenommen fehlt es dann sowohl an einem einheitlichen Verhalten als auch an der inneren Überzeugung der Mitglieder einer Gruppe – also gerade an den Voraussetzungen, um eine Norm als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen.

---

<sup>209</sup> Bryde, *The Politics and Sociology of African Legal Development*, 1976, S. 109.

<sup>210</sup> Vgl. die Beispiele bei Cotula/Chauveau (Hrsg.), *Changes in Customary Law Tenure Systems in Africa*, 2007.

<sup>211</sup> Vgl. etwa Snyder, *Capitalism and Legal Change*, 1981, S. 199 ff.

<sup>212</sup> Konzeptionelle Ansätze, diese »Black Box« auszufüllen, finden sich beispielsweise in der Forschung zu sozialen Normen, vgl. etwa das ökonomische Modell bei Ellickson, *The Evolution of Social Norms*, in: Hechter/Opp (Hrsg.), *Social Norms*, 2001, S. 35 ff. Auch wenn sich solche Modelle nicht einfach übertragen lassen, können sie die wissenschaftliche Untersuchung des Wandels von Gewohnheitsrecht informieren. Von besonderer Bedeutung ist die Erkenntnis, dass nicht alle Mitglieder einer Gruppe gleichen Anteil an diesem Wandel haben, sondern dass es verschiedene »Rollen« gibt, die ein unterschiedliches Maß an Einfluss verleihen.

<sup>213</sup> Eine solche idealisierende Darstellung von Gewohnheitsrecht, wie es praktiziert werden solle, wurde etwa in der Auseinandersetzung mit kolonialer Forschung – die sich regelmäßig auf die Befragung älterer Männer beschränkte – kritisiert, vgl. dazu etwa Lehnert, *Afrikanisches Gewohnheitsrecht und die südafrikanische Verfassung*, 2006, S. 84.

<sup>214</sup> Ubink, *The Quest for Customary Law in African State Courts*, in: Fenrich/Galizzi/Higgins, *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 90 f.

Diese kontinuierliche inhaltliche Veränderung von Gewohnheitsrecht trägt zur Rechtsunsicherheit bei.<sup>215</sup> Zwar ist eine konkrete Veränderung ein Prozess, der zu einem bestimmten Zeitpunkt abgeschlossen ist. Anfang und Ende sind jedoch normalerweise nur schwer zu identifizieren. Normativer Wandel ist daher von der beschriebenen Unsicherheit darüber geprägt, wieweit ein hinreichendes Maß an Konsens über Inhalt und Gültigkeit einer Norm besteht. Dennoch wird die Anpassungsfähigkeit gewohnheitsrechtlicher Ordnungen zumindest implizit zumeist positiv bewertet, da sie ein hohes Maß an sozialer Akzeptanz gewährleisten soll.<sup>216</sup> Veränderung wird in einer solch affirmativen Betrachtung mit einer Entwicklung zum »Besseren« beziehungsweise zum »Zeitgemäßen« gleichgesetzt, ohne dass explizit der Maßstab für diese Bewertung genannt wird. Der Hinweis, dass Veränderung auch Raum für das einseitige Ausnutzen von Machtstellungen eröffnet beziehungsweise dass sich Praktiken – je nach normativem Standard – jedenfalls aus der Perspektive mancher auch verschlechtern können, erklingt eher selten.<sup>217</sup>

#### 2.3.2.4 Anerkennung als koloniale Herrschaftspraxis

Die Kolonialisierung afrikanischer Gesellschaften brachte massive Veränderungen der sozialen Ordnung mit sich. Dass gewohnheitsrechtliche Ordnungen heutzutage staatlich nur in bestimmten Rechtsgebieten anerkannt werden, ist nicht zuletzt Folge der kolonialen Anerkennungspolitik, die von einer rechtlichen Regulierung der »privaten« Sphäre weitgehend Abstand nahm.<sup>218</sup> Eingriffe schienen hier im

---

<sup>215</sup> Bennett, Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution, 1995, S. 60.

<sup>216</sup> Vgl. Sheleff, The Future of Tradition, 2000, S. 85 ff.; Lehnert, Afrikanisches Gewohnheitsrecht und die südafrikanische Verfassung, 2006, S. 18 f. mwN.

<sup>217</sup> Siehe aber etwa Gedzi, der den Wandel erbrechtlicher Normen im Osten Ghanas kritisiert, da dieser die wirtschaftliche Not ärmerer Bevölkerungsteile verstärke, vgl. Gedzi, Principles and Practices of Dispute Resolution in Ghana, 2009, S. 120 f.

<sup>218</sup> Die jeweiligen Kolonialmächte gingen unterschiedlich mit den vorgefundenen normativen Ordnungen um. Dies beruht nicht zuletzt auf den verschiedenen Rechtstraditionen und -verständnissen der jeweiligen Kolonisatoren. So wurden im frankophonen Afrika traditionelle Autoritäten und Gewohnheitsrechte nicht im gleichen Maße in die Struktur des Kolonialstaats eingebunden wie in den britischen Kolonien. Für bestimmte Rechtsgebiete wie Land- und Erbrecht sowie für die Re-

besonderen Maße Gefahr zu laufen, auf Widerstand zu treffen. Dieser Aspekt der Herrschaftsausübung gab Anlass, die historische Entwicklung gewohnheitsrechtlicher Ordnungen kritisch zu untersuchen: Anfang der 1980er Jahre verbreitete sich die Erkenntnis, dass zahlreiche »Gewohnheitsrechte« erst zur Zeit und unter dem Einfluss des Kolonialismus entstanden waren bzw. Normen in dieser Zeit neu interpretiert wurden.<sup>219</sup> Aus diesem Blickwinkel betrachtet, stellt sich ein Großteil der zuvor beschriebenen Adaption und Weiterentwicklung von Gewohnheitsrecht als bewusste Einführung neuer bzw. Umdeutung existierender Regeln während des Prozesses der Kolonialisierung dar. Gewohnheitsrecht ist danach eher ein Produkt gezielter und interessengeleiteter Manipulation als das Ergebnis eines organischen Evolutionsprozesses. Manipulation ist in diesem Zusammenhang – trotz der eindeutigen Machtasymmetrien zwischen Kolonisatoren und Kolonisierten – nicht als einseitiger Prozess der Einwirkung durch die Kolonialmächte zu verstehen. Das Verhältnis zur einheimischen Elite war komplex und gleichermaßen von Kollaboration und Widerstand geprägt.<sup>220</sup> Insbesondere die Geschlechterverhältnisse wurden hierbei zu Lasten von Frauen erheblich beeinflusst. Gewohnheitsrecht ist in dieser Betrachtung in erster Linie ein Resultat der Zusammenarbeit

---

gulierung familiärer Beziehungen erkannte aber auch Frankreich gewohnheitsrechtliche Ordnungen und bestimmte Streitschlichtungsmechanismen an, vgl. Hooker, *Legal Pluralism*, 1975, S. 218 ff.; Lampué, 33 *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération* (1979), 3 (5 ff.). Es gab daher ähnliche Prozesse der Kooptierung und Beeinflussung gewohnheitsrechtlicher Ordnungen, vgl. Snyder, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 49 ff. Eine hervorragende Untersuchung des Umgangs mit Gewohnheitsrecht im deutschen Kolonialstaat findet sich bei Schaper, *Koloniale Verhandlungen*, 2012.

<sup>219</sup> Vgl. Chanock, *Law, Custom, and Social Order*, 1985, S. 22 f.; Fitzpatrick, 28 *Journal of African Law* (1984), 20 ff.; Moore, *Social Facts and Fabrications*, 1986, S.88 ff., 214 ff.; Snyder, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 49 ff. Verhandelt wurde dies unter dem Begriff der »Invention of Tradition« nach Ranger, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in: Hobsbawm/Ranger (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, 1983, insb. S. 211 ff. Es ging Ranger nicht allein um die Erfindung afrikanischer Tradition, sondern auch um die Erfindung europäischer Tradition im Prozess der Kolonialisierung. Ranger schlug später den Begriff »imagination« vor, um die Wechselbeziehungen dieser Prozesse stärker zu betonen, vgl. Ranger, *The Invention of Tradition Revisited*, in: Ranger/Vaughan (Hrsg.), *Legitimacy and the State*, 1993, S. 81.

<sup>220</sup> Roberts/Mann, *Law in Colonial Africa*, in: Roberts/Mann (Hrsg.), *Law in Colonial Africa*, 1991, S.3 ff.; Ranger, *The Invention of Tradition Revisited*, in: Ranger/Vaughan (Hrsg.), *Legitimacy and the state*, 1993, S. 79 ff.

von männlicher Kolonial- und männlicher einheimischer Elite.<sup>221</sup> Nicht zufällig reproduzierte die Anerkennung von Gewohnheitsrecht hierbei die insbesondere von der feministischen Wissenschaft für die industrialisierte Welt kritisierte Dichotomie<sup>222</sup> von privaten und öffentlichen Sphären.<sup>223</sup>

Dem romantischen Bild harmonischer vorkolonialer Gesellschaften und ihrer Rechte werden aus dieser Perspektive Ungleichheit, Gewalt und einseitige Interessendurchsetzung gegenüber gestellt. Damit rückt in den Blickpunkt, dass die Anerkennung von Gewohnheitsrecht als Mittel zur Ordnung und Ausübung von Macht dient. Dies bedeutet nicht, dass vor Eintreffen der Kolonialmächte keine normativen Ordnungen existierten, die als Recht bezeichnet werden können. Ebenso wenig wird bezweifelt, dass auch heute informelle Normen praktiziert werden, die neben den offiziellen Versionen von Recht existieren.<sup>224</sup> Es wird jedoch betont, dass die Beschreibung dieser normativen Ordnungen als »Recht« in der Kolonialzeit mit der Marginalisierung bestimmter Personengruppen einherging. Auch die Anerkennung verschiedener »ethnischer« Rechte durch die Kolonialmacht erfährt auf diese Weise eine andere Deutung: Die Anwendung von Gewohnheitsrecht markierte eine rassistische Trennung zwischen weißer Zivilisation (zu der mit Abstrichen auch die »educated« – also die gebildete/erzogene – heimische Elite gerechnet wurde) und schwarzer Rückständigkeit. Rückständig war damit aber die Mehrheit der Bevölkerung, die als solche eine Gefahr für die herrschende Minderheit darstellte. Die ethnisierte Aufsplitterung dieser Mehrheit in verschiedene Minderheiten, die nicht zuletzt durch die Anerkennung einer entsprechenden

---

<sup>221</sup> Dies bedeutet nicht, dass marginalisierte Gruppen vollständig von diesen Prozessen ausgeschlossen waren, vgl. Roberts/Mann, *Law in Colonial Africa*, in: Roberts/Mann (Hrsg.), *Law in Colonial Africa*, 1991, S. 22 f.

<sup>222</sup> In dieser Dichotomie wird das »Private« wird als Domäne des Weiblichen der »Öffentlichkeit« als derjenigen des Männlichen gegenübergestellt. Juristische Konsequenz ist, dass das Private als Raum der Freiheit von staatlicher Regulierung gesetzt wird, der somit keinem Gerechtigkeitsvorbehalt untersteht, obwohl dieser Raum erst durch das Recht selbst geschaffen wird, vgl. etwa Sauer, *die Asche des Souveräns*, 2001, S. 176 ff., die betont, dass auch aktuelle Transformationen dieser Grenzziehung geschlechtlich kodiert sind.

<sup>223</sup> Allgemein zur ideologischen Grundlage der Grenzziehung Geuss, *Privatheit*, 2002, insbesondere S. 22 ff.

<sup>224</sup> Vgl. Chanock, *Acta Juridica* (1991), 52 (57).



rechtlichen Vielfalt unterstützt wurde, war in dieser Lesart keine Respektierung kultureller Vielfalt, sondern eine koloniale Variation der Herrschaftsstrategie des »Divide et impera!«.<sup>225</sup>

Diese kritische Auseinandersetzung verdeutlicht, dass auch die Wissenschaft dem Prozess der Kolonialisierung nicht unbeteiligt gegenüberstand, sondern sich zumeist – wissentlich oder unwissentlich – in den Dienst der beteiligten Eliten stellte.<sup>226</sup> Diese Sichtweise beinhaltet nicht nur eine postkoloniale Kritik<sup>227</sup> an der inhaltlichen Darstellung von Gewohnheitsrecht, sondern auch an dessen allgemeiner Konzeption. Es wird damit eine weitere Dimension der Ver-Fremdung von Recht aufgezeigt. Einer universalen Evolutionslogik folgend stand Gewohnheitsrecht (mindestens) eine Entwicklungsstufe unter dem modernen, entwickelten Recht der jeweiligen Kolonialmacht.<sup>228</sup> Auch Europa kannte schließlich Gewohnheitsrechte. Gerade diese Parallele verdeutlicht, wie auch mit dem auf den ersten Blick wertfreien Begriff des »Gewohnheitsrechts« und trotz der durch die Gleichstellung erfolgten Annäherung zugleich eine massive Abgrenzung erfolgte. Denn durch die Einordnung des Anderen in den eigenen Horizont eines vergangenen Entwicklungsstadiums wurde zugleich seine Unterordnung festgeschrieben. Aus dieser Perspektive ist Rechtspluralismus zumindest auch als Resultat kolonialer Herrschaftspraktiken zu verstehen. Oberflächlich kann diese Form eines offiziellen Rechtspluralismus als Anerkennung des Anderen beschrieben werden; bei genauerem Hinsehen folgte sie aber einer zutiefst diskriminierenden und unterwerfenden Rationalität. Insbesondere offizielle Darstellungen von Gewohnheitsrechten sind außerdem mit Zurückhaltung und Vorsicht zu begegnen.

---

<sup>225</sup> Vgl. Mamdani, 66 Social Research (1999), 859 (862 ff.).

<sup>226</sup> Vgl. Gordon, The White Man's Burden, in: Dundes Renteln/Dundes (Hrsg.), Folk Law, 1995, S. 369 ff. Dass es sich hierbei nicht um einen abgeschlossenen Vorgang handelt, ruft beispielsweise Said ins Gedächtnis, wenn er betont, dass auch heutzutage etwa die US-amerikanische Außenpolitik auf anthropologisches Wissen angewiesen ist, vgl. Said, 15 Critical Inquiry (1989), 205 (214 ff.).

<sup>227</sup> Zur Entwicklung postkolonialer Ansätze: Castro Varela/Dhawan, Postkoloniale Theorie, 2005.

<sup>228</sup> Grundlegend für diese Übertragung biologischer Evolutionskonzepte auf den gesellschaftlichen und rechtlichen Bereich war die Arbeit Maines, vgl. Maine, Ancient law, 1861.

### 2.3.2.5 Das »andere« Recht

Die Beschreibung von Gewohnheitsrecht kann nicht losgelöst von dem (Selbst-)Verständnis anderer Rechtsformen verstanden werden.<sup>229</sup> Denn entsprechende Charakterisierungen erfolgen regelmäßig – teils ausdrücklich, teils unausgesprochen – im Vergleich zum schriftlichen Recht des modernen (westlichen Staates). Überzeugungen über den Charakter staatlichen Rechts beeinflussen also die Beschreibung von Gewohnheitsrecht und umgekehrt. Auch ohne expliziten Vergleich bestimmt das »Eigene« oftmals die Beschreibung des »Anderen«. Gewohnheitsrecht wird hierdurch im doppelten Sinne zum »nicht-staatlichen« Recht. Die »Andersartigkeit« von Gewohnheitsrecht gab vor allem im Kolonialismus Anlass, sich durch die binäre Gegenüberstellung von ungeschriebenen, primitiven Rechtsbräuchen – den »leges barbarorum«<sup>230</sup> – zum anspruchsvollen, modernen Recht der Kolonialmacht der eigenen Überlegenheit zu vergewissern. Mit der inhaltlichen Veränderung von Gewohnheitsrecht im Kolonialismus ging

---

<sup>229</sup> Von der Gemeinschaftsbezogenheit abgesehen ähnelt die Gegenüberstellung ungeschriebenen Gewohnheitsrechts mit dem geschriebenen Recht des modernen Staates interessanterweise in weiten Teilen der in der Rechtsvergleichung bekannten Gegenüberstellung von Common Law und Civil Law, die ihrerseits oft zu Rechtskreisen oder -familien zusammengefasst werden. Hier wie dort finden sich Oppositionen wie Einzelfallorientierung vs. Systembildung, Flexibilität vs. Rechtssicherheit, Anpassungsfähigkeit vs. Starrheit. Dass auch diese klassische Gegenüberstellung westlicher Rechtsordnungen nicht neutral erfolgt, belegt etwa die Debatte über den Einfluss von Rechtssystemen auf die wirtschaftliche Entwicklung (»legal origins«), vgl. hierzu Michaels, 57 *The American Journal of Comparative Law* (2009), 765 ff.

<sup>230</sup> So bezeichnete die neuzeitliche Rechtsforschung abwertend lokales Recht. Diese Parallele zum europäischen Rechtspluralismus der Neuzeit verdeutlicht, dass es weitere historische Beispiele für die Kolonialisierung von Recht gibt. Die etymologische Herkunft des Wortes »barbaros« zeigt, wie sehr das Moment der Verständigung bzw. fehlenden Verständnisses hierbei eine Rolle spielt: Das griechische *βάρβαρος* (*bárbaros*) bezeichnete ursprünglich all diejenigen, die im antiken Griechenland kein Griechisch sprachen.

auch eine »VerÄnderung«<sup>231</sup> einher: Aus den Rechten der Anderen wurde damit das andere Recht.<sup>232</sup>

Dies bedeutet nicht, dass die genannten Charakteristika gewohnheitsrechtlicher Ordnungen grundsätzlich falsch sind. Es existieren zahlreiche Unterschiede – etwa hinsichtlich Entstehung, Vermittlung, Anwendung und Selbstverständnis – zwischen Normen, die auf sozialen Praktiken beruhen, und dem modernen Recht des Staates bestehen. Die kolonialen Wurzeln der Beschreibung von Gewohnheitsrecht verdeutlichen aber, wie sehr das Verständnis normativer Ordnungen von den zugrunde liegenden Machtbeziehungen geprägt ist. Othering funktioniert als Diskurs der Dominierung.<sup>233</sup> Es ist daher Vorsicht geboten bei der Beschreibung von Andersartigkeit.

### 2.3.3 »Revival« in der Entwicklungszusammenarbeit

Als sich die meisten Kolonien in Afrika in den 1960er Jahren ihre Unabhängigkeit erkämpften, überwog die Vorstellung, Gewohnheitsrecht werde verschwinden beziehungsweise durch seine Vereinheitlichung

---

<sup>231</sup> »Othering« ist ein Schlüsselbegriff post-kolonialer Kritik an der Konstruktion des Anderen insbesondere im Rahmen kolonialer Ethnographie, vgl. Spivak, *The Rani of Sirmur*, in: Barker u.a. (Hrsg.), *Europe and its Others*, 1985, S. 128 ff. Bekannt und besonders eindringlich wurde diese Kritik von Edward Said formuliert, vgl. Said, *Orientalism*, 1978. Für die Rechtsvergleichung beschreibt dies Frankenberg, *26 Harvard International Law Journal* (1985), 411 (422 ff.). Vgl. zur Strategie des »Othering« bzw. dessen deutscher Übersetzung als »VerÄnderung« auch Reuter, *Ordnungen des Anderen*, 2002, S. 142 ff.

<sup>232</sup> Die »Andersartigkeit« von Gewohnheitsrecht hängt nicht nur davon ab, ob es die ihm zugeschriebenen Eigenschaften aufweist, sondern auch davon, ob die zu Grunde liegende Unterscheidung vom »modernen« Recht zutrifft. Insbesondere die Charakterisierung schriftlichen Rechts als Garant für Objektivität und Rechtssicherheit ist durchaus umstritten. Die radikalste Form des Regelskeptizismus bezüglich staatlichen Rechts wurde im Rahmen der »Critical Legal Studies« vertreten, vgl. den Überblick bei Frankenberg, *Partisanen der Rechtskritik*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2006, S. 97 ff.

<sup>233</sup> Mechanismen des Othering können daher nicht allein in kolonialen Kontexten, sondern auch in anderen Machtbeziehungen vorkommen. So äußert etwa MacKinnon eine ähnliche Kritik an Ansätzen gegen Geschlechterdiskriminierung, die mit der Gleichheit/Andersartigkeit von Frauen argumentieren und dabei stillschweigend Maskulinität als Maßstab voraussetzen, vgl. etwa MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, S. 220 f.

und Integration allmählich mit »modernem« Recht verschmelzen.<sup>234</sup> Auch galt das in verschiedene lokale Einzelrechte zersplitterte Gewohnheitsrecht als Hindernis für die wirtschaftliche Entwicklung und die Etablierung von (National-)Staatlichkeit.<sup>235</sup> In jüngerer Zeit scheint sich dagegen eine Neuausrichtung im Umgang mit diesen Ordnungen – insbesondere in der Entwicklungszusammenarbeit – durchzusetzen.<sup>236</sup> Gewohnheitsrecht und dazugehörige Streitschlichtungsmechanismen werden vermehrt nicht mehr als Problem, sondern – oft unter dem Schlagwort »Alternative Dispute Resolution«<sup>237</sup> – als Teil der Lösung angesehen. Diese Neubewertung hat verschiedene Gründe. Vereinzelt bestimmen internationale Abkommen, dass es ein »Recht auf das eigene Recht« gibt.<sup>238</sup> Gewohnheitsrecht wird in diesem Zusammenhang meist als Ausdruck der kulturellen Identität einer Gruppe verstanden, die als solche schützens- und erhaltenswert ist. In dieser Logik vermischen sich Identitätspolitik mit Minderheitenschutz. Entsprechende Vorgaben sind allerdings in ihrer Anwendung und Bindungswirkung begrenzt.<sup>239</sup>

Zusehends wird Gewohnheitsrecht jedoch auch als nützliche Resource wahrgenommen.<sup>240</sup> Diese veränderte Wahrnehmung hat nicht zuletzt damit zu tun, dass – nicht zuletzt wegen der relativen Erfolglo-

---

<sup>234</sup> So der Grundtenor verschiedener Tagungen in den 50er und 60er Jahren, vgl. etwa die Beiträge in: Allott (Hrsg.), *The Future of Law in Africa*, 1960.

<sup>235</sup> Kontrovers wird nach wie vor die Frage diskutiert, wie sich gewohnheitsrechtliche System der Verwaltung von Land auf die Produktivität der Nutzung auswirken, vgl. etwa Shem/u.a., 5 *The World Bank Economic Review* (1991), 155 ff.

<sup>236</sup> Im wissenschaftlichen Diskurs hatte sich die zugrunde liegende Neubewertung von Gewohnheitsrecht bereits deutlich früher verbreitet, vgl. etwa die Beiträge bei Gluckmann (Hrsg.), *Ideas and Procedures in African Customary Law*, 1969.

<sup>237</sup> Kritisch hierzu Nader/Grande, 27 *Law & Social Inquiry* (2002), 573 ff.

<sup>238</sup> So begreifen etwa die Art. 8-12 der ILO »Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries« vom 27.06.1989 (No. 169) den Schutz von Gewohnheitsrechten als spezifischen Aspekt des Minderheitenschutzes aus. Neben der – rechtlich verbindlichen – Konvention befassen sich Art. 11 und 27 der »Declaration on the Rights of Indigenous Peoples« explizit mit dem Status von Gewohnheitsrecht. Diese stellt als bloße Deklaration jedoch kein bindendes internationales Recht dar.

<sup>239</sup> Die ILO Convention No. 169 wurde bisher lediglich von 22 Staaten ratifiziert, die Liste der Vertragsstaaten findet sich unter [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314).

<sup>240</sup> Vgl. Janse, *European Law Review* (2013), 181 (183) mwN.

sigkeit der »Law and Development«-Interventionen in den 1960er Jahren – Zweifel an einfachen Modernisierungsansätzen aufkamen.<sup>241</sup> Zugleich wandelte sich die Beschreibung gewohnheitsrechtlicher Ordnungen von zeitlich rückwärts gewandten Praktiken zu einer Form sozialer Organisation, die auch zukunftsweisend sein kann.<sup>242</sup> Seit einigen Jahren finden sich immer häufiger Begriffe wie »informal justice systems«<sup>243</sup> in der Projektrhetorik der rechtlichen Entwicklungszusammenarbeit.<sup>244</sup> Offensichtliches Argument für diese veränderte Wahrnehmung ist zunächst die Überlebensfähigkeit von Gewohnheitsrecht: Bereits der Umstand, dass gewohnheitsrechtliche Ordnungen wider alle Modernisierungsbestrebungen den Alltag der Bevölkerungsmehrheit in vielen Teilen Afrikas immer noch deutlich stärker prägen und bestimmen als Normen staatlichen Ursprungs, legt nahe, dass seine soziale Akzeptanz höher als die des staatlichen Rechts ist. Dies verleiht Gewohnheitsrecht in den Augen einiger eine entsprechend höhere Legitimation.<sup>245</sup> Darüber hinaus sei Gewohnheitsrecht dank seiner Anpassungsfähigkeit in der Lage, die massiven gesellschaftlichen Änderungen – die etwa die Veränderung landwirtschaftlicher Anbaumethoden oder die Urbanisierung mit sich bringen – aufzunehmen und zu bewältigen.<sup>246</sup> Dieser Aspekt verdeutlicht, wie die

<sup>241</sup> Eine grundlegende selbstkritische Reflexion dieser sogenannten »Law & Development - Bewegung« – die Bezeichnung wird vor allem für Projekte verwendet, die mit US-amerikanischen Forschungseinrichtungen verbunden waren – findet sich bei Trubek/Galanter, *Wisconsin Law Review* (1974), 1062 ff. Auch das Wiederaufleben rechtlicher Entwicklungszusammenarbeit seit Ende der 1980er Jahre war zunächst von einer starken Fokussierung auf staatliche Institutionen geprägt, vgl. Golub, *A House without a Foundation*, in: Carothers (Hrsg.), *Promoting the Rule of Law Abroad*, 2006, S. 105 ff., der dies als »Rule of Law Orthodoxy« in der Entwicklungszusammenarbeit kritisiert.

<sup>242</sup> Vgl. Sheleff, *The Future of Tradition*, 2000.

<sup>243</sup> So der Titel eines Berichts, den das Danish Institute for Human Rights im Auftrag von UNDP, UNICEF und UN Women erstellte, vgl. DIHR, *Informal Justice Systems*, 2012.

<sup>244</sup> Vgl. etwa Commission on Legal Empowerment of the Poor, *Making the Law Work for Everyone*. Vol. 1, 2008, S. 63 f. Weitere Nachweise bei Janse, *European Law Review* (2013), 181 (183 ff.).

<sup>245</sup> Vgl. etwa Connolly, 38 *Connecticut Law Review* (2005), 239 (243 f.).

<sup>246</sup> Besonderes Augenmerk gilt gewohnheitsrechtlichen Normen, die die Nutzung natürlicher Ressourcen regulieren, vgl. Bosselman, *Adaptive Resource Management through Customary Law*, in: Ørebech/u.a. (Hrsg.), *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, 2005, S. 246 ff., der allerdings betont, dass sich gewohnheitsrechtliche Ordnungen unterschiedlich gut an gesellschaftliche Änderungen

veränderte Beschreibung von Gewohnheitsrecht zu seiner Neubewertung führen kann.

Ganz pragmatisch können gewohnheitsrechtliche Ordnungen angesichts ihrer tatsächlichen Bedeutung nicht ignoriert werden. Insbesondere in den ländlichen Regionen vieler afrikanischer Länder sind staatliche Institutionen nicht oder kaum vorhanden. Gleichzeitig sollten romantisierende Vorstellungen vermieden werden. Die Beschreibung der Stärke gewohnheitsrechtlicher Ordnungen erfolgt meist in Relation zur Schwäche staatlicher Ordnung.<sup>247</sup> Gleichzeitig wirken bestimmte Argumentationsmuster – etwa wenn die Fremdheit staatlichen Rechts und seiner Institutionen insbesondere für ländliche Bevölkerungsteile betont wird – leicht kulturalistisch-verallgemeinernd. Jedenfalls ist die Nähe bzw. Distanz einer normativen Ordnung zur Bevölkerung eine konkrete empirische Frage.<sup>248</sup> Der Hinweis auf die soziale Akzeptanz gewohnheitsrechtlicher Normen darf zudem nicht verdecken, dass (auch) in nicht-staatlichen Ordnungen Auseinandersetzungen um die Deutungshoheit existieren.

### 2.3.4 Spannungsverhältnis zu Menschenrechtsstandards

Trotz dieser Neubewertung werden gewohnheitsrechtliche Ordnungen auch heutzutage selten uneingeschränkt positiv bewertet. So wird – letztlich in Fortführung modernisierungstheoretischer Ansätze – darauf hingewiesen, dass Gewohnheitsrecht aufgrund der fehlenden Verschriftlichung der Normen keine oder nur unzureichend Rechtssicherheit bietet.<sup>249</sup> Ein damit verbundener Einwand problematisiert, dass gewohnheitsrechtliche Ordnungen oft nicht im Einklang mit internationalen Menschenrechtsstandards stehen.<sup>250</sup> Ein solches Spannungsverhältnis kann auf verschiedenen Ebenen beschrieben werden.

---

anpassen können.

<sup>247</sup> Die Bewertung von Staatlichkeit als »schwach« ergibt sich ihrerseits erst aus einem Vergleich zur – nicht selten idealisierten – Stärke des »modernen« Nationalstaats in der OECD-Welt.

<sup>248</sup> Eckert, Rechtsaneignung, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, 2009, S. 193, 201 f. Dazu auch Kapitel 3.3.2.

<sup>249</sup> Etwa Harper, Customary Justice, 2011, S. 22 f.

<sup>250</sup> Vgl. Chopra/Isser, 4 The Hague Journal on the Rule of Law (2012), 337 (338 ff.) mwN.

Es kann etwa die grundlegende Konzeption normativer Ordnungen – die diesen zu Grunde liegenden Menschenbilder – betreffen. So stellen die meisten internationalen Menschenrechts-Regime das Individuum als autonomen Akteur in den Vordergrund.<sup>251</sup> In gewohnheitsrechtlichen Ordnungen werden dagegen Aspekte des Gemeinwohls in Form von Gruppeninteressen und den Pflichten des Individuums gegenüber der Gemeinschaft betont.<sup>252</sup>

Spannungen existieren darüber hinaus auch hinsichtlich ganz konkreter Fragen. Bestimmte gewohnheitsrechtliche Normen stehen nicht selten im Widerspruch zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot, wie es in verschiedenen Menschenrechtsdokumenten (etwa in den Artikeln 1,2 und 7 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, aber auch Art. 18 der Afrikanischen Menschenrechts-Charta) verankert ist.<sup>253</sup> Neben diesen allgemeinen Formulierungen verbieten spezielle Verträge die Diskriminierung bestimmter Personengruppen (etwa die International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, die Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, das »Maputo-Protokoll« über die Rechte von Frauen in Afrika<sup>254</sup>). So wird bereits für die Frage des Geltungsbereiches gewohnheitsrechtlicher Ordnungen an personale Eigenschaften – insbesondere die »ethnische Zugehörigkeit« bzw. soziale Herkunft – angeknüpft, deren Heranziehung als Begründung für eine Ungleichbehandlung zumindest nicht unproblematisch

---

<sup>251</sup> Als Kritik formuliert dies zum Beispiel Mutua, 51 *African Studies Review* (2008), 17 (34).

<sup>252</sup> Verschiedene Ansätze versuchen daher, eine spezifisch »afrikanische« Konzeption von Menschenrechten zu entwickeln. Eine kritische Auseinandersetzung mit entsprechenden Ansätzen findet sich bei Oyowe, 15 *Human Rights Review* (2014), 1 ff.

<sup>253</sup> Was ein solches Gleichheitsgebot bedeutet und in welchem Verhältnis es zu anderen Menschenrechten – insbesondere Freiheitsrechten – steht, ist sehr umstritten, vgl. die kritische Diskussion bei Baer, 59 *University of Toronto Law Journal* (2009), 417 (424 ff.) mit dem Angebot einer relationalen Konzeption der grundlegenden Ansprüche auf Würde, Freiheit und Gleichheit (447 ff.).

<sup>254</sup> Das Protokoll nennt nicht nur verbindliche substantielle Rechte, sondern kennt mit Art. 17 auch ein prozedurales Recht auf Teilnahme an der »determination« (Abs. 1) bzw. »formulation of cultural policies« (Abs. 2), vgl. Bond, 83 *Southern California Law Review* (2010), 509 (542 ff.).

tisch ist.<sup>255</sup> Außerdem diskriminieren beziehungsweise privilegieren verschiedene gewohnheitsrechtliche Normen oft bestimmte Personengruppen.<sup>256</sup> Recht ist damit zugleich Ausdruck und Mittel von Dominierung. Wie in allen Gesellschaften sind Frauen auch in Afrika sozial schlechter gestellt als die meisten Männer.<sup>257</sup> Dies drückt sich in gewohnheitsrechtlichen Ordnungen etwa durch begrenzte Eigentumsrechte oder Erbensprüche oder durch eine untergeordnete Stellung vor traditionellen Gerichten aus.<sup>258</sup> Das bekannteste Beispiel für diese Ungleichbehandlung durch Gewohnheitsrecht mag die Vielehe sein.<sup>259</sup> Generalisierungen sind allerdings problematisch: Nicht nur die normativen Ordnungen, sondern auch die jeweiligen Mechanismen der Benachteiligung unterscheiden sich.<sup>260</sup> Wie überall erfolgt Diskriminierung zudem interdependent, das heißt, dass Menschen multidimensional aufgrund verschiedener Kategorisierungen benachteiligt oder bevorzugt werden.<sup>261</sup> Eine große Bedeutung für den Status einer Person hat in gewohnheitsrechtlichen Ordnungen beispielsweise das

<sup>255</sup> Vgl. Woodman, 40 *Journal of African Law* (1996), 152 (161), der die Anwendung unterschiedlicher Normensysteme aufgrund von »ethnischer« Zugehörigkeit aber für unproblematisch hält, wenn diese dem Willen der jeweiligen Person entspricht.

<sup>256</sup> Problematisch wird diese Feststellung, wenn sie koloniales Othering reproduziert, etwa indem Kultur als Grund für Benachteiligung ausschließlich im Kontext von sog. Entwicklungsländern genannt wird, vgl. Bond, 83 *Southern California Review* (2010), 509 (516 f.).

<sup>257</sup> Es existieren unterschiedliche Männlichkeitsmuster. Die Verhältnisse zwischen diesen verschiedenen Mustern sind ebenfalls durch Machtbeziehungen geprägt: Bestimmte Modelle dominieren andere Entwürfe von Männlichkeit. Männliche Hegemonie ist also durch die Berücksichtigung hegemonialer Männlichkeit zu differenzieren, vgl. Connell, *Masculinities*, 2005, S. 76 ff.

<sup>258</sup> Higgins/Fenrich, *Customary Law, Gender Equality, and the Family*, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 427 ff.

<sup>259</sup> Die meisten gewohnheitsrechtlichen Ordnungen erlauben es Männern, mehr als eine Frau zu heiraten. Frauen steht diese Möglichkeit nicht offen. Während auf globaler Ebene festgestellt wurde, dass entsprechendes Gewohnheitsrecht gegen internationale Verträge – insbesondere Art. 5 (a) CEDAW – verstößt, erlauben regionale Texte wie die Afrikanische Menschenrechts-Charta und das Maputo-Protokoll polygame Ehen, dazu Ssenyonjo, 51 *Journal of African Law* (2007), 39 ( 55 ff.).

<sup>260</sup> Eine »vorsichtige« Verallgemeinerung findet sich etwa bei Armstrong/u.a., 7 *International Journal for Law and the Family* (1993), 314 ff.

<sup>261</sup> Dies ist Gegenstand der Forschung zu Intersektionalität. Zu verschiedenen Ansätzen und den Möglichkeiten, entsprechendes Wissen im Recht zu operationalisieren: Markard, KJ (2009), 353 ff.



biologische Alter. Auch werden Angehörige bestimmter Familien oft bessergestellt. So steht der Zugang zu wichtigen traditionellen Ämtern regelmäßig nur Mitgliedern bestimmter Familien offen.<sup>262</sup> Insbesondere, wenn Mehrheits- mit Minderheitsgesellschaften zusammen leben, spielt die Zugehörigkeit zur jeweiligen Gruppe eine wichtige Rolle, etwa hinsichtlich des Zugangs zu Land.

Diskriminierendes Recht wird aus der Perspektive des Staates jedenfalls<sup>263</sup> dann problematisch, wenn es von ihm als bindendes Recht anerkannt wird. Eine Pflicht zum Handeln ergibt sich zunächst aus den zuvor genannten internationalen Verträgen. Auch die nationalen Verfassungen der meisten afrikanischen Staaten enthalten Gleichbehandlungsgebote bzw. Diskriminierungsverbote. Einige Verfassungstexte nennen jedoch ausdrückliche Vorbehalte bezüglich der Anwendung von Gewohnheitsrechten.<sup>264</sup> Auch Interventionen in der Entwicklungszusammenarbeit internationaler Geberländer versuchen, eine Änderung derjenigen Aspekte gewohnheitsrechtlicher Ordnungen zu bewirken, die im Widerspruch zu internationalen Menschenrechtsstandards stehen. Nicht selten wird die Möglichkeit einer Entwicklung gewohnheitsrechtlicher Ordnungen zu (zumindest mehr) Menschenrechtskonformität mit dem Hinweis auf die Anpassungsfähigkeit dieser Ordnungen bejaht.<sup>265</sup> Dem liegt die Vorstellung zu Grunde, dass gewohnheitsrechtliche Ordnungen in ihre verschiedenen Elemente und einzelne Normen aufgeteilt werden können. Ein solche Aufteilung ist aber bei einem wenig ausdifferenzierten Norm-Repertoire problema-

---

<sup>262</sup> Zur Bedeutung von Alter und Familienzugehörigkeit Woodman, A Survey of Customary Laws in Africa in Search of Lessons for the Future, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 12 f.

<sup>263</sup> Es ist umstritten, wie weit sich eine staatliche Interventionspflicht gegen Menschenrechtsverstöße durch nicht-staatliche Akteure ergibt, wenn dies nicht – wie etwa in Art. 1, 2 CEDAW – ausdrücklich vorgesehen ist. Insbesondere feministische Ansätze kritisieren die lange Zeit herrschende Ansicht, die Wirkung von Menschenrechten auf das Verhältnis zwischen und Staat und Individuen zu begrenzen, vgl. Charlesworth/Chinkin, *The Boundaries of International Law*, 2000, insbesondere S. 56 ff., 148 ff.

<sup>264</sup> Dazu Bond, 31 *Fordham International Law Review* (2007-2008), 288 (292 f., 305 ff.).

<sup>265</sup> Himonga, *The Future of Living Customary Law in African Legal Systems in the Twenty-First Century and Beyond*, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 46 ff.

tisch.<sup>266</sup> Die Vorstellung, Teile von Gewohnheitsrecht zu übernehmen und andere, menschenrechtswidrige Aspekte zu reformieren, steht außerdem in einer gewissen kolonialen Tradition, in der unterentwickelte afrikanische Gesellschaften bloßes Objekt von Menschenrechtspolitikern und schlichte Empfänger von Normen sind.<sup>267</sup>

### 2.3.5 Gewohnheitsrecht vor staatlichen Gerichten

Regelmäßig steht die Frage nach der Ermittlung des anzuwendenden Rechts im Vordergrund, wenn untersucht wird, wie staatliche Gerichte Gewohnheitsrecht sprechen. Im Gegensatz zum hergebrachten Grundsatz »iura novit curia« kann nicht vorausgesetzt werden, dass ein Gericht das anzuwendende Gewohnheitsrecht kennt. Dies ist für die Kolonialzeit offensichtlich, da zu dieser Zeit Fremde in den staatlichen Gerichten Recht sprachen. Aufgrund der Vielfalt der Gewohnheitsrechte und deren Abhängigkeit vom jeweiligen sozialen Kontext dürfte das erforderliche Wissen aber auch heutzutage – jedenfalls in den Gerichten der oberen Instanzen – fehlen.<sup>268</sup> Die im Rahmen einer Gerichtsverhandlung in Frage kommenden Erkenntnisquellen sind begrenzt. Aufgrund dieser Schwierigkeiten und der Auseinandersetzung mit kolonialen Einflüssen ist anerkannt, dass sich offizielle Versionen von Gewohnheitsrecht von den tatsächlich praktizierten Normen unterscheiden.<sup>269</sup> Verbreitet wird offiziellen Versionen deshalb eine authentische Version – das »lebende« Gewohnheitsrecht<sup>270</sup> – gegenübergestellt, wie es in den jeweiligen Gemeinschaften praktiziert wird. For-

---

<sup>266</sup> Vgl. Woodman, A Survey of Customary Laws in Africa in Search of Lessons for the Future, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), The Future of African Customary Law, 2011, S. 29 f. Diesen »system fix«-Ansatz kritisieren etwa auch Chopra/Isser, 4 The Hague Journal on the Rule of Law (2012), 337 (346 f.).

<sup>267</sup> Siehe etwa die harsche Kritik bei Mutua, 42 Harvard International Law Journal (2001), 201 ff.

<sup>268</sup> Ocran, 39 Akron Law Review (2006), 465 (480).

<sup>269</sup> In diesem Sinne schon früh Woodman, Wisconsin Law Review (1969), 128 (129 ff.).

<sup>270</sup> Mit dem Begriff des lebenden Gewohnheitsrechts wird auf Ehrlichs Formulierung zurückgegriffen. Diese Bezeichnung wird für den afrikanischen Kontext bereits bei Allott/Epstein/Gluckmann, Introduction, in: Gluckmann (Hrsg.), Ideas and Procedures in African Customary Law, 1969, S. 6 verwendet.

derungen, staatliche Gerichte sollten auf dieses authentische Gewohnheitsrecht zurückgreifen, sind jedoch irreführend, wenn sie suggerieren, dass es eine »richtige« Version von Gewohnheitsrecht gibt, die von staatlichen Gerichten unproblematisch angewendet werden könnte. Gewohnheitsrechtsprechung durch staatliche Gerichte setzt notwendig eine Re-Konstruktion als staatliches Recht voraus. Sie kann daher besser als Übersetzen dieses Rechts verstanden werden.

### 2.3.5.1 Erkenntnisquellen für Gewohnheitsrecht

Im Rahmen staatlicher Rechtsprechung hat ein Gericht normalerweise nicht die Möglichkeit, eine aufwendige Feldforschung durchzuführen, deren Ergebnisse zur Klärung der Frage nach dem Inhalt von Gewohnheitsrecht beitragen könnten. Deshalb muss ein Gericht auf die ihm unmittelbar zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zurückgreifen. Diese lassen sich grundsätzlich in zwei Arten unterteilen: Gerichte können – sofern eine solche vorliegt – auf eine schriftliche Fassung des jeweiligen Gewohnheitsrechtes oder auf Aussagen von Personen zurückgreifen. Beide Arten von Informationsquellen haben spezifische Nachteile.

Schriftliche Darstellungen von Gewohnheitsrecht lassen sich allgemein danach unterscheiden, ob sie Rechtsfragen verbindlich regeln oder lediglich ein Informationsangebot an die Rechtsanwendung darstellen sollen. Bindende Gesetze – Kodifikationen von Gewohnheitsrecht – finden sich vergleichsweise selten.<sup>271</sup> Die Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen – insbesondere die offiziellen »Law Reports«<sup>272</sup> – stellen eine weitere Informationsquelle dar. Entscheidungen anderer Gerichte sind aber nur zu einem bestimmten Grad verbindlich. Eine

<sup>271</sup> Kodifikationen beinhalteten meist mehr oder weniger stark ausgeprägte Reformprogramme. Der äthiopische Civil Code von 1960, der auch gewohnheitsrechtliche Elemente aufnahm, diente beispielsweise dazu, Gewohnheitsrecht zu vereinheitlichen und zu reformieren. Die Kodifikation in Zululand sollte offiziell ein rein beschreibendes Abbild des Gewohnheitsrechts darstellen, enthielt aber ebenfalls Modifikationen; vgl. zu beiden Modellen Bennett/Vermeulen, 24 *Journal of African Law* (1980), 206 (207 ff.).

<sup>272</sup> Zu deren historischer Entwicklung aus rein privaten Beschreibungen zum Zwecke der Ausbildung: Baker, *Records, Reports and the Origins of Case-Law in England*, in: Baker (Hrsg.), *Judicial records, law reports, and the growth of case law*, 1989, S. 15 ff.

solche Bindungskraft kann sich insbesondere in Systemen des Common Law über das Prinzip der »stare decisis« ergeben.<sup>273</sup> Danach kommt einem bestimmten Teil einer vorherigen Entscheidung, der »ratio decidendi«, eine rechtliche Bindungskraft zu. Voraussetzung hierfür ist, dass die vorherige Entscheidung von einer bestimmten – in der Regel hierarchisch höher oder zumindest auf gleicher Stufe stehenden – Instanz zu einem annähernd gleich gelagerten Sachverhalt erging. Auch können Gerichte nicht selten innerhalb bestimmter Grenzen von vorherigen Präzedenzentscheidungen abweichen. Daneben existieren verschiedene Schriftfassungen, die zumindest offiziell lediglich der Information über den Inhalt von Gewohnheitsrecht dienen, aber keinerlei Bindungswirkung entfalten. Solche Beschreibungen sind teils genuin juristische Texte, teils eher ethnologische Arbeiten. Juristische Texte finden sich in Fallsammlungen (»Textbooks«) und in sog. »Restatements«. Hierbei handelt es sich um Aufzeichnungen von Gewohnheitsrecht, die zwar nicht binden, aber als konkretes Regelwerk formuliert sind.<sup>274</sup> Eine jüngere Variante dieser Art der Verschriftlichung sind »Self-Statements«, bei denen die Aufzeichnung nicht durch Externe, sondern durch die jeweiligen Gemeinschaften selbst erfolgt.<sup>275</sup> Sämtlichen schriftlichen Versionen von Gewohnheitsrecht ist gemein, dass sie im Idealfall allenfalls Normen darstellen können, die zum Zeitpunkt ihrer Aufzeichnung Geltung entfaltet haben. Ein etwaiger Wandel nach Aufzeichnung bleibt also unberücksichtigt.

In den Fällen, in denen keinerlei schriftliche Quelle zur Verfügung steht, bleibt dem Gericht nur die Möglichkeit, über Personen an Informationen zum jeweiligen Gewohnheitsrecht zu gelangen. Auch die Einbindung von Informantinnen und Informanten kann unterschied-

---

<sup>273</sup> Zu Inhalt und Bedeutung des Prinzips der »stare decisis«: Shiner, *Legal Institutions and the Sources of Law*, 2005, S. 31 ff.

<sup>274</sup> Das größte und bekannteste Restatement-Projekt wurde in den 60er und 70er Jahren von der School of African and Oriental Studies (SOAS) in London für verschiedene afrikanische Länder durchgeführt. Die Wahl eines einheitlichen Formats führte zu einer letztlich bezweckten Vereinheitlichung regionaler Unterschiede, vgl. Twining, 1 *The Journal of Modern African Studies* (1963), 221 (222 ff.).

<sup>275</sup> Vgl. Hinz/Kwenani, *The Ascertainment of Customary Law*, in: Hinz (Hrsg.), *The Shade of New Leaves*, 2006, S. 206 ff., die mit dem Begriff sowohl von traditionellen Eliten dominierte als auch stärker partizipativ ausgerichtete Verfahren beschreiben.

lich gestaltet werden. Meist wird den Aussagen von Parteien und von diesen benannten Zeugen ein gewisses Misstrauen entgegengebracht, weil bei diesen ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Verfahrens vermutet wird. Ein größeres Maß an Objektivität wird Sachverständigen (im Englischen »expert witnesses«) zugeschrieben, die über besondere Expertise im Gewohnheitsrecht verfügen. Eine ähnliche Rolle können Laien aus einer bestimmten Gemeinschaft einnehmen, die das Gericht als Beisitzende beraten, ohne dass sie aber direkt von den Parteien befragt werden können. Eine solche Funktion wird im Englischen meist mit dem Begriff »assessor« beschrieben.<sup>276</sup> Die Befragung von Informantinnen und Informanten ist neben der Beobachtung von Konfliktlösungsmechanismen vor allem in der rechtsethnologischen Forschung eine wichtige Erkenntnisquelle. Mittelbar beruhen daher auch die meisten schriftlichen Versionen auf personeller Auskunft.

#### 2.3.5.2 Kritik offizieller Versionen von Gewohnheitsrecht

Offizielle, schriftliche Versionen von Gewohnheitsrecht – sei es das überlieferte Fallrecht staatlicher Gerichte oder andere verschriftliche Versionen – werden meist kritisiert.<sup>277</sup> Hauptkritikpunkt ist dabei, dass sich offizielle Versionen von Gewohnheitsrecht in staatlichen Gerichten und die tatsächlich praktizierten Normen unterscheiden.<sup>278</sup> Für diese Diskrepanz werden verschiedene Ursachen genannt. Insbesondere die ethnologische Forschung befasst sich mit verschiedenen methodischen Problemen, die sich auch im Kontext eines gerichtlichen Verfahrens auswirken. Auslöser für diese Methodendiskussion waren nicht zuletzt Konzeption und Erhebung von Gewohnheitsrechten zur Kolonialzeit.

---

<sup>276</sup> Die Bezeichnung verdeutlicht, dass diese Einbindung von Laien ursprünglich vor allem für Strafverfahren vorgesehen war. Insbesondere die Bedeutung von traditionellen Autoritäten als Informationsquelle wurde über diese Amt formell anerkannt, ohne dass ihren Darstellungen eine rechtliche Bindungswirkung zukam, vgl. Allott, *Essays in African Law*, 1960, S. 78 f.

<sup>277</sup> Etwa Himonga, *The Future of Living Customary Law in African Legal Systems in the Twenty-First Century and Beyond*, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 32.

<sup>278</sup> Woodman, *Wisconsin Law Review* (1969), 128 (129 ff.).

Die Befragung von Personen ist mit Herausforderungen verbunden, die über eine etwaige Parteilichkeit von Beteiligten in einem konkreten Streitfall hinausgehen. Denn erstens unterliegen bereits Fragen bestimmten Vorverständnissen und haben damit einen Einfluss auf die Antworten. Es ist also nicht unproblematisch, was gefragt wird.<sup>279</sup> Zweitens hängt die Antwort auf eine Frage maßgeblich davon ab, wer gefragt wird. Heutzutage versucht die Forschung, durch die kriterienbezogene Auswahl einer Mehrzahl an Informantinnen und Informanten ein gewisses Maß an Repräsentanz zu erreichen. Bei der Ermittlung von Gewohnheitsrecht wurde dagegen – insbesondere zur Kolonialzeit – bevorzugt auf einen bestimmten Teil der Bevölkerung zurückgegriffen, nämlich männliche traditionelle Autoritäten und Älteste.<sup>280</sup> Dies entsprach gleichermaßen der Konzeption von Gewohnheitsrecht als statischer Tradition wie auch den kolonialen Herrschafts-Arrangements. Diese Auswahl verfestigte die Exklusion und Benachteiligung anderer Teile der Gesellschaft. Außerdem ergab die kritische Untersuchung von Erhebungen zu Gewohnheitsrecht, dass die Befragten oftmals nicht einen Ist-Zustand angaben, sondern eher die Vorstellung, wie das Gewohnheitsrecht ihrer Ansicht nach sein sollte.<sup>281</sup> Auch bei den Antworten handelt es sich demnach nicht um unproblematische Daten. Diese methodischen Herausforderungen begründen zunächst Zweifel an älteren schriftlichen Versionen, die von staatlichen Gerichten als Informationsquelle herangezogen werden. Sie stellen aber auch die Befragung in einer aktuellen Gerichtsverhandlung vor Probleme. Dort sind die zeitlichen und finanziellen Ressourcen zudem deutlich beschränkter als im Rahmen einer ethnologischen Feldforschung. Außerdem benötigt ein Gericht für seine Entscheidung eine eindeutige Grundlage, kann also weit weniger mit Widersprüchen und Ambivalenzen umgehen, als dies in einer ethnologischen Forschungsarbeit möglich ist.

---

<sup>279</sup> Eine entsprechende Kritik findet sich bereits in einigen frühen ethnologischen Arbeiten, vgl. etwa Rattray, *Ashanti*, 1923, S. 84. Rattrays Haltung zur Repräsentativität seiner eigenen Informanten war allerdings deutlich weniger reflektiert, vgl. McCaskie, *10 History in Africa* (1983), 187 (190 ff.).

<sup>280</sup> Vgl. Ranger, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in: Hobsbawm/Ranger (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, 1983, S. 258.

<sup>281</sup> Lehnert, *Afrikanisches Gewohnheitsrecht und die südafrikanische Verfassung*, 2006, S. 84 f.

Gegen offizielle Versionen von Gewohnheitsrecht wird zudem eingewendet, dass bereits die Verschriftlichung nicht dem flexiblen und verhandelbaren Charakter von Gewohnheitsrecht entspricht.<sup>282</sup> Verschriftlichung bedeutet das Fixieren von flexiblen Normen in starre Regeln, die dem Gewohnheitsrecht fremd sind. Dieses Einfrieren von Regeln wird in Ordnungen des Common Law insbesondere durch das Prinzip der »stare decisis« verstärkt, die Gerichte zu einem gewissen Grad an vorangegangene Präzedenz-Entscheidungen bindet.<sup>283</sup> Es handelt sich also um eine Verstetigungstechnik, durch die gerichtliche Entscheidungen vorhersehbar werden sollen, die also der Rechtsicherheit dient.<sup>284</sup> Dennoch wird die damit verbundene Verfestigung überwiegend negativ bewertet, da sie gewohnheitsrechtlichen Ordnungen ihre Anpassungsfähigkeit nimmt. Verschriftlichung und Verstetigung des Rechts führen also dazu, dass dieses nicht mehr mit den sich wandelnden sozialen Praktiken übereinstimmt.<sup>285</sup>

Die Kritik an offiziellen Darstellungen wird üblicherweise im Wege einer dichotomischen Gegenüberstellung von offiziellem und gelebtem Gewohnheitsrecht geäußert.<sup>286</sup> Im Gegensatz zu offiziellen Versionen, die im Kolonialismus manipuliert, jedenfalls veraltet seien, stelle das lebende Gewohnheitsrecht eine authentische Version – das »wahre« Gewohnheitsrecht – dar.<sup>287</sup> Solche Gegenüberstellungen weisen zwar

---

<sup>282</sup> Bryde, *The Politics and Sociology of African Legal Development*, 1976, S. 110. Anders Sheleff, *The Future of Tradition*, 2000, S. 385, der sich zwar gegen die Kodifizierung von Gewohnheitsrecht wendet, eine Verschriftlichung aber grundsätzlich als unproblematisch ansieht.

<sup>283</sup> Bereits der US-amerikanische »legal realism« formulierte allerdings Zweifel an der Objektivität dieser Bindungswirkung, da mangels Identität der Fallkonstellationen immer individuell über die Anwendbarkeit existierender Regeln entschieden werden müsse, vgl. etwa Cohen, 25 *Columbia Law Review* (1935), 809 ff.

<sup>284</sup> Dieser Aspekt weist darauf hin, dass das Prinzip beschränkend wirkt, indem es Richterinnen und Richter an vorherige Entscheidungen bindet. Gleichzeitig kommt richterlichen Entscheidungen erst durch diese Bindungswirkung Rechtskraft zu. Die Unklarheit über die inhaltlichen Konturen des Prinzips eröffnen Richterinnen und Richtern daher zugleich Spielräume und wirkend damit ermächtigend, vgl. Dent/Cook, 16 *Griffith Law Review* (2007), 131 (138 ff.).

<sup>285</sup> Bennett, *Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution*, 1995, S. 60 ff.; Woodman, *Wisconsin Law Review* (1969), 128 ff.

<sup>286</sup> Bennett, *Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution*, 1995, S. 60.

<sup>287</sup> Bennett, *Customary Law in South Africa*, 2004 S. 7. Diese dichotomische Gegenüberstellung von »schlechtem« offiziellen und »gutem« gelebtem Gewohnheits-

richtigerweise darauf hin, dass es einen Unterschied macht, wo Recht gesprochen wird. Auch ist älteren Darstellungen aufgrund kolonialer Einflüsse mit Vorsicht zu begegnen. Sie gehen jedoch fehl, wenn sie die Existenz scharf voneinander getrennter und in sich einheitlicher Ordnungen suggerieren. Der Hinweis auf die Authentizität des »lebenden« Gewohnheitsrechts verdeutlicht außerdem, dass binäre Gegenüberstellungen nicht neutral, sondern zwangsläufig wertend, hierarchisierend sind.<sup>288</sup> Zur Kolonialzeit wurde Gewohnheitsrecht als das fremde, primitive Recht dem entwickelten Recht der Kolonialmächte gegenübergestellt. Heute stellen offizielle Versionen nur verzerrte Abbilder des »wahren, lebenden« Rechts außerhalb der Gerichte dar. Der Verweis auf das »lebende« Gewohnheitsrecht ist zudem problematisch, wenn er suggeriert, dass es eine eindeutige, wenn auch ungeschriebene, richtige Version von Gewohnheitsrecht gibt, die von staatlichen Gerichten angewendet werden könnte.

### 2.3.5.3 Unvermeidbarkeit gerichtlicher Konstruktion

Die methodischen Herausforderungen bei der Feststellung von Gewohnheitsrecht legen nahe, dass es zwangsläufig zur Veränderung von Normen kommen muss, wenn staatliche Gerichte Gewohnheitsrecht sprechen. Dies folgt letztlich bereits aus dem Umstand, dass die Rechtsprechung staatlicher Gerichte ungeschriebene in geschriebene Normen *transformiert*. Außerdem erfolgt eine Neuformulierung in der jeweiligen Amtssprache. Diese Neuformulierung beinhaltet mehr als eine Übersetzung im Sinne einer bloßen sprachlichen Re-Kodierung. Denn die staatliche Rechtsprechung von Gewohnheitsrecht erfolgt in einem spezifischen institutionellen und diskursiven Rahmen.<sup>289</sup> Gewohnheitsrecht trifft im staatlichen Gerichtsverfahren auf einen

---

recht findet sich auch in der Rechtsprechung Post-Apartheid-Südafrikas, vgl. etwa *Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha and Others*; *Shibi v Sithole and Others*; *SA Human Rights Commission and Another v President of the RSA and Another* 2005 (1) BCLR 1 (CC), Rdnr. 86 f.

<sup>288</sup> Derrida, *Signatur, Ereignis, Kontext*, in Derrida/Engelmann (Hrsg.) *Randgänge der Philosophie*, 1999, S. 350 f.

<sup>289</sup> Zur Diskursivität von staatlichem Recht Paroussis, *Theorie des juristischen Diskurses*, 1995, der Rechtsprechung als einen Teildiskurs des juristischen Diskurses versteht, vgl. S. 62 ff.,



Kontext, der durch ganz andere Verständnisse und Verfahrensweisen gekennzeichnet ist. Gewohnheitsrechtliche Ordnungen, die für die Lösung eines Konflikts ein eher unbestimmtes und verhandelbares Normrepertoire bieten, kennen nicht die abstrakten Regeln, wie sie im staatlichen Recht zur Lösung einer Vielzahl gleichgelagerter Fallkonstellationen verwendet werden. Wenden staatliche Gerichte Gewohnheitsrecht an, (re-)formulieren sie dieses zugleich in staatliche Rechtssätze.<sup>290</sup> Die Feststellung eines spezifisch für die staatliche Rechtsprechung strukturierten Rechtssatzes stellt daher zwangsläufig eine gerichtliche Konstruktion dar.<sup>291</sup>

Ein Gericht kann also gewohnheitsrechtliche Normen strenggenommen nicht feststellen, sondern bestenfalls ein bestimmtes Verständnis einer solchen Norm *festlegen*. Dies bedeutet nicht, dass das Gericht hierfür keine Informationen benötigt. Es bleibt auf die genannten Quellen samt ihrer Nachteile (Parteilichkeit, mangelnde Aktualität, etc.) angewiesen. Entsprechend dieser Quellen kann versucht werden, durch die Festlegung als Gewohnheitsrecht soziale Praktiken und Normen im staatlichen Recht abzubilden. Ein auf diese Art »verstaatlichtes« Gewohnheitsrecht ist aber zwangsläufig das Ergebnis eines Transformationsprozesses – einer Übersetzung in staatliches Recht. Wie sehr ein solcher Prozess von Vorverständnissen beeinflusst wird, wurde in der Rechtsethnologie kontrovers diskutiert.<sup>292</sup>

---

<sup>290</sup> In diesem Sinne auch Woodman, Customary Land Law in Ghanaian Courts, 1996, S. 44.

<sup>291</sup> Dies folgt aus systemtheoretischer Perspektive aus dem Umstand, dass ein funktional ausdifferenziertes Rechtssystem auf eine multifunktionale normative Ordnung trifft. Es handelt sich also zwangsläufig um ein Re-Entry des Fremden, um eine Re-Produktion von Recht durch interne Kommunikation des ausdifferenzierten Rechtssystems, vgl. Teubner/Korth, Zwei Arten des Rechtspluralismus, in: Kötter/Schuppert (Hrsg.), Normative Pluralität ordnen, 2009, S. 159 f. Hiermit kann allerdings nur die Reproduktion sozialer Normen durch staatliches Recht theoretisch erfasst werden. Das Verhältnis wird also einseitig bestimmt; wechselseitige Dynamiken werden ausgeblendet.

<sup>292</sup> Die Problematik wurde in der Methodendiskussion der Rechtsethnologie als sog. Gluckmann-Bohannan-Kontroverse personalisiert, vgl. Bohannan, Ethnography and Comparison in Legal Anthropology, in: Nader (Hrsg.), Law in Culture and Society, 1969, S. 401 ff.; Gluckman, Concepts in the Comparative Study of Tribal Law, ebd., S. 349 ff. Dies betraf nicht allein die Verwendung bestimmter Termini und Konzeptionen, sondern auch die Frage, inwiefern eine Loslösung von Vorverständnissen überhaupt möglich ist.

### 2.3.6 Gewohnheitsrechtsprechung als Übersetzung

Mit dem Begriff »Gewohnheitsrecht« werden sowohl bestimmte normative Phänomene außerhalb des staatlichen Rechtsapparats wie auch die Operationalisierung dieser Phänomene durch staatliche Gerichte im Wege einer juristischen Konstruktion bezeichnet. Auch wenn das Beispiel kolonialer VerÄnderung Anlass gibt, Fremdheitserfahrung und Differenz vorsichtig und selbstreflektiv zu beschreiben, bleibt festzuhalten, dass Gewohnheitsrechte anderen Rationalitäten folgen als »modernes« Recht, das Grundlage staatlicher Ordnungen ist. Wenn staatliche Gerichte Gewohnheitsrecht sprechen, kann dies in Anlehnung an Sally Engle Merry als »vernacularization«<sup>293</sup> oder als Übersetzung bezeichnet werden – als Vorgang, bei dem staatliche Gerichte lokale Normen in ihre rechtliche Mundart übersetzen.

Die Gegenüberstellung von gelebten und offiziellen Versionen von Gewohnheitsrecht ist allerdings irreführend, wenn hiermit die Existenz einer authentischen, feststehenden Fassung von Gewohnheitsrecht außerhalb offizieller Versionen suggeriert wird. Vielmehr existieren neben den offiziellen weitere Versionen, die abhängig vom jeweiligen örtlichen, zeitlichen und sachlichen Kontext miteinander konkurrieren. Der Hinweis darauf, dass es sich bei offiziellen Versionen von Gewohnheitsrecht in den meisten Fällen um manipuliertes Recht handelt, zeigt, dass die Konstruktion von Gewohnheitsrecht kein neutraler Vorgang ist. Hinter jeder inhaltlichen Beschreibung von Gewohnheitsrecht stehen bestimmte Interessen. Insbesondere die kritische Auseinandersetzung mit kolonialen Praktiken des Rechtspluralismus verdeutlicht daher, dass es wichtig ist, wer in welchem Kontext (über) Gewohnheitsrecht spricht. Der Begriff des Übersetzens eröffnet eine neue Untersuchungsperspektive auf die Interaktion zwischen normativen Ordnungen, die dies berücksichtigt.

---

<sup>293</sup> Vgl. 2.1.4.2.

## 2.4 Übersetzungsschritte

Übersetzen dient sowohl als Metapher, die Verständigung suggeriert, als auch als Chiffre für Missverständnis und Verlust. Aufgrund dieses metaphorischen Gehalts erfreut sich der Begriff – etwa als »cultural translation«<sup>294</sup> – disziplinübergreifend einer zunehmenden Beliebtheit, um jegliche Formen des Austausches oder Transfers zwischen verschiedenen Kulturen zu beschreiben.<sup>295</sup> Über dieses metaphorische Potenzial hinaus kann mit dem Begriff des Übersetzens – verstanden als Praxis des Austausches – ein Modell entwickelt werden, dass eine Analyse staatlicher Rechtsprechung als Prozess der Wissenskonstruktion ermöglicht. Allerdings zeigt sich schnell eine offensichtliche Schwierigkeit: Übersetzungsprodukte weisen sich grundsätzlich nicht als solche aus. Für staatliche Gerichte, die Gewohnheitsrecht »anzuwenden« haben, gibt es anders als bei literarischen Übersetzungen im engeren Sinne auch kein schriftliches Original. Eine gerichtliche Entscheidung kann daher bestenfalls »Übersetzungsspuren« enthalten, d.h. Textfragmente, die darauf hindeuten, dass ein Übersetzungsprozess stattgefunden hat. Allerdings stellt die Übersetzungsperspektive nur einen methodischen Zugriff auf das Phänomen der Gewohnheitsrechtsprechung dar. Übersetzungsspuren sollen also keinen »Beweis« dafür erbringen, dass Gewohnheitsrechtsprechung als Übersetzungsprozess verstanden werden kann. Stattdessen soll exploriert werden, inwiefern eine solche Übersetzungsperspektive die Analyse rechtspluralistischer Entscheidungspraxis bereichern kann.

Um eine solche Analyse der gerichtlichen Entscheidungspraxis vorzunehmen, bietet es sich an, den Prozess des Übersetzens in verschiedene Phasen oder Schritte aufzuteilen. Eine solche Unterteilung wird auch in verschiedenen Modellen vorgenommen, um Übersetzungsprozesse im engeren Sinne – das Übersetzen eines Textes in eine andere

---

<sup>294</sup> »Cultural Translation« ist eher ein Schlagwort als ein feststehendes Konzept und wird sehr unterschiedlich verwendet. Eine Übersicht über verschiedene Verwendungsarten des Begriffs findet sich bei Pym, *Exploring Translation Theories*, 2010, S. 143 ff.

<sup>295</sup> Vor allem in USA wird der Begriff auch in der Rechtswissenschaft benutzt, etwa als Übersetzung von Alltagsgeschehen in den juristischen Diskurs bei Cunningham, 77 *Cornell Law Review* (1991-92), 1298 ff., oder als Methode der Verfassungsauslegung bei Lessig, 71 *Texas Law Review* (1992-93), 1165 ff.

Sprache – zu untersuchen. Auch für das Übersetzen von Recht zwischen verschiedenen Sprachen gibt es entsprechende Modelle.<sup>296</sup> An ihnen orientiert sich die hier vorgeschlagene Unterscheidung der Schritte des *Feststellens*, des *Verstehens* und des *Reverbalisierens*. Bei jedem dieser Übersetzungsschritte werden Entscheidungen getroffen, bestimmte Wege eingeschlagen, mögliche Alternativen verworfen. Ziel der Analyse ist deshalb festzustellen, ob in der ghanaischen Rechtsprechung gewisse Regelmäßigkeiten oder Brüche hinsichtlich der Übersetzungsschritte zu erkennen sind. Dies bedeutet nicht, dass diese Unterscheidung mit einer tatsächlichen zeitlichen Aufeinanderfolge voneinander scharf getrennter Phasen gleichzusetzen ist. Es kommt zwangsläufig zu Überlagerungen, da die verschiedenen Schritte sich gegenseitig ergänzen und bedingen. Das hier vorgeschlagene Modell ist also lediglich ein deskriptiv-analytisches Schema. Das Feststellen des Rechts und damit des Ausgangsproduktes wird hier als essentieller Teil des Übersetzungsprozesses verstanden. Dieser Schritt wird in Abhandlungen über das Übersetzen im engeren Sinne oft nicht problematisiert, da mit dem Ausgangstext das Übersetzungsobjekt regelmäßig bereits festzustehen scheint.<sup>297</sup>

#### 2.4.1 Feststellen

Das »Feststellen« des Ausgangsproduktes ist ein grundlegender erster Schritt, um Gewohnheitsrecht in staatliches Recht übersetzen zu können. Für diesen Übersetzungsschritt ist die Frage entscheidend, auf welche Quellen staatliche Gerichte zurückgreifen, wenn sie Gewohnheitsrecht sprechen. Denn bei der Gewohnheitsrechtsprechung kann nicht von einem fixen, bekannten Ausgangsprodukt ausgegangen werden kann: Beim Übersetzen von Rechtstexten in eine andere Sprache scheint die Vorlage klar definiert zu sein. Sie liegt in Form eines Ausgangstextes vor, beispielsweise einer Gesetzesvorschrift oder einer gerichtlichen Entscheidung. Wenn Gerichte dagegen Gewohnheitsrecht

---

<sup>296</sup> Vgl. zum Beispiel das Modell bei Pommer, *Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung*, 2006, S. 140 ff.

<sup>297</sup> Anders ist dies etwa in der Rechtsvergleichung, vgl. etwa Constantinesco, *Rechtsvergleichung*, Band II, 1972, S. 139 ff.

zur Grundlage ihrer Entscheidung machen sollen, sind sie vor erhebliche Herausforderungen gestellt, da gerade kein entsprechender schriftlicher Text vorliegt. Die Auseinandersetzung mit der kolonialen Rechts(er)findung verdeutlicht, dass gerade bei diesem Schritt Aspekte der Beteiligung und des Ausschlusses von entscheidender Bedeutung sind. Wer hat die Autorität, den Inhalt von Gewohnheitsrecht zu verkünden? Und wessen Stimme und Erfahrungen werden ausgeschlossen?

## 2.4.2 Verstehen

In der Analyse zeitlich nachgelagert – praktisch jedoch nur Schwer vom Feststellen zu trennen – ist der zweite Übersetzungsschritt, der hier als »Verstehen« bezeichnet wird. Wird Rechtspluralismus nicht nur als das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Rechte, sondern auch unterschiedlicher Vorstellungen von Recht verstanden, ist auch dieser Schritt problematisch. Auf der Ebene des Verstehens geht es nicht um allein um das richtige Verständnis, die adäquate Auslegung einzelner Normen. Denn diese wird beeinflusst durch das grundlegende Verständnis von »Recht« im Allgemeinen und die Frage, inwiefern normative Ordnungen diesem Verständnis entsprechen. Die Auseinandersetzung mit der Charakterisierung von Gewohnheitsrecht verdeutlicht, dass das Verstehen des »Anderen« untrennbar mit dem eigenen Selbstverständnis zusammenhängt. Das Verstehen ist also standortgebunden. Eine maßgebliche Praxis bei der Begegnung mit dem Anderen – ob explizit vorgenommen oder unausgesprochen – ist der Vergleich.<sup>298</sup> Durch Vergleichen wird Fremdes in den eigenen Erfahrungshorizont eingeordnet. Dies ist erforderlich, um Unbekanntes verstehen zu können. Unbekanntes (Fremdes) wird so in Relation zum Bekannten (Eigenen) gesetzt, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede auszumachen. Dies ist kein wertfreier Prozess; der Vergleich wird nicht von einem neutralen Standort aus vorgenommen. Gleichwohl

---

<sup>298</sup> Dies bedeutet nicht, dass der Vergleich lediglich eine dienende Funktion für das Übersetzen einnimmt. Vielmehr handelt es sich um sich gegenseitig ergänzende Handlungen, vgl. Pommer, Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung, 2006, S. 117 ff., die konstatiert, dass »keine ernstzunehmende Theorie der Rechtsübersetzung [...] die Bedeutung des Rechtsvergleichs außer acht lassen« kann, S. 140.

wird das Eigene regelmäßig als solch neutraler Ort und damit unterschwellig als Normalität zu Grunde gelegt.<sup>299</sup> Je nachdem, wie der zu vergleichende Gegenstand bewertet wird und dabei Ähnlichkeiten und Unterschiede bezüglich des Eigenen betont werden, kommt es in der Folge zu einer verfremdenden Unterscheidung oder einer assimilierenden Gleichsetzung. Insbesondere Ambivalenzen finden in dieser Vorgehensweise keinen Platz. Dies kommt beim Umgang mit Gewohnheitsrecht in der Kolonialzeit besonders deutlich zum Ausdruck, wohnt aber letztlich jedem Vergleich inne.

### 2.4.3 Reverbalisieren

Der letzte Schritt des Übersetzungsprozesses ist das Reverbalisieren. Hat das Gericht eine Norm festgestellt und in seinen Verständnishorizont eingeordnet, muss es einen entsprechenden Rechtssatz formulieren und in den weiteren rechtlichen Rahmen der staatlichen Rechtsordnung einbinden. Hier spielen zunächst linguistische Fragen eine Rolle, also welche Sprache(n) verwendet wird (werden) und wie Mehrsprachigkeit gegebenenfalls im Text gekennzeichnet wird. Inwiefern Fachbegriffe einer Sprache überhaupt geeignet sind, rechtliche Konzepte einer anderen Sprache wiederzugeben, ohne ein inhaltliches (Vor-)Verständnis zu transportieren, wurde beispielsweise in der rechtsethnologischen Forschung diskutiert, ohne zu einer allgemeinen Lösung zu kommen.<sup>300</sup> Nicht nur sprachliche Herausforderungen erschweren diesen Übersetzungsschritt. Auch der Umgang mit Konflikten zwischen den unterschiedlichen normativen Ordnungen – genauer zwischen der zu übersetzenden gewohnheitsrechtlichen Norm und dem restlichen staatlichen Recht – kann als Teil des Reverbalisierens verstanden werden. Die Systematik und Normenhierarchie staatlichen Rechts steht dann in einem Spannungsverhältnis zum Authentizitätsanspruch, den ein staatliches Gericht hinsichtlich seiner Version von Gewohnheitsrecht erhebt.

---

<sup>299</sup> Speziell zum Rechtsvergleich: Frankenberg, 26 Harvard International Law Journal (1985), 411 (423)

<sup>300</sup> Vgl. Bohannan, *Ethnography and Comparison in Legal Anthropology*, in: Nader (Hrsg.), *Law in Culture and Society*, 1969, S. 417 f.

### 3 Gewohnheitsrecht in ghanaischen Gerichten

»After Independence we've tried to integrate our customary law into the formal judicial system. It hasn't come that easy.«<sup>301</sup>

Feststellen, Verstehen, Reverbalisieren – die drei Übersetzungsschritte dienen in diesem Kapitel der Beschreibung von Rechtspluralismus in Ghana. Anhand der Entscheidungspraxis staatlicher Gerichte – also einem wichtigen Aspekt des »offiziellen« Rechtspluralismus – wird so die im vorherigen Kapitel entwickelte Übersetzungsperspektive exploriert. Statt als Heimat eines einheitlichen und erstarrten offiziellen Gewohnheitsrechts präsentiert sich dieser offizielle Rechtspluralismus aus dieser Perspektive als Rahmen für ein andauerndes Ringen um Hegemonie, das bis heute von kolonialen Einflüssen geprägt ist.

Der offizielle Rechtspluralismus kann nur vor dem Hintergrund einiger sozialer Strukturmerkmale der ghanaischen Gesellschaft verstanden werden (dazu 3.1). Der Einfluss der britischen Kolonialisierung wird deutlich, wenn das Verhältnis zwischen lokalen Gewohnheitsrechten und der staatlichen Ordnung historisch kontextualisiert wird (dazu 3.2). Auch hier stehen die Themen im Vordergrund, die als prägende Merkmale rechtspluralistischer Situationen ausgemacht wurden: Die Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen, die Bedeutung unterschiedlicher Akteure der Rechtsprechung, die Frage der Verständigung und des Missverständnisses zwischen verschiedenen Bedeutungshorizonten sowie der Einfluss von Machtasymmetrien bei der Wissensproduktion. Eine Analyse des rechtlichen Rahmens sowohl bezüglich der gesetzlichen Bestimmungen zum Gewohnheitsrecht als auch in Hinsicht auf das Verhältnis staatlicher Gerichte zu anderen Gerichten zeigt, dass diesen ein weiter Entscheidungsspielraum eingeräumt wird (dazu 3.3). Wie die Gerichte diesen füllen, wenn sie Gewohnheitsrecht in staatliches Recht übersetzen, wird in der darauf folgenden Rechtsprechungsanalyse untersucht (dazu 3.4).

---

<sup>301</sup> Interview, Richter:in, Court of Appeal, Accra, 08.01.2008.

## 3.1 Ghana

Die Republik Ghana liegt an der westafrikanischen Küste am Golf von Guinea. Auf einer Fläche von 238.537 km<sup>2</sup> wohnen etwa 24,600,000 Menschen.<sup>302</sup> Ghana ist ländlich geprägt; immer mehr Menschen wandern aber in die Städte ab.<sup>303</sup> Neben der Hauptstadt Accra sind Kumasi in der Ashanti Region, Sekondi-Takoradi in der Western Region und Tamale in der Northern Region die größten urbanen Zentren.

Ghana ist ein multikulturelles Land, in dem bis zu 100 verschiedene »Ethnien« gezählt werden.<sup>304</sup> Diese Zahl schwankt je nachdem, wie die verschiedenen Gesellschaften definiert werden. Dies zeigt, dass »Ethnizität« auch heute keineswegs ein feststehendes Phänomen ist.<sup>305</sup> Die Mehrheit der Bevölkerung bilden die Akan, die sich ihrerseits aus den Asante, Fanti, Akyem, Brong und anderen Gesellschaften zusammensetzen.<sup>306</sup> Die Zusammenfassung als Volksgruppe wird damit begründet, dass diese Gesellschaften hinsichtlich Sprache, sozialer Organisation und politischer Struktur verschiedene Gemeinsamkeiten aufweisen.<sup>307</sup> Zur Eigenkonstruktion von Identität wird die Bezeichnung

<sup>302</sup> Die letzte Volkszählung aus dem Jahr 2010 gibt die Zahl mit 24,658,823, 2010 Population and Housing Census (Final Summary), Ghana Statistical Service, 2012, S.1.

<sup>303</sup> Laut der letzten Volkszählung lebt mit 50,09 % erstmals mehr als die Hälfte der Bevölkerung in urbanen Siedlungen. Auf die verschiedenen Regionen heruntergebrochen gilt dies allerdings nur für die beiden Regionen mit den größten Städten des Landes, Greater Accra und Ashanti, 2010 Population and Housing Census of Ghana (Final Summary), Ghana Statistical Service, 2012, S. 3. f. Bei der Volkszählung wurde jede Ortschaft mit mehr als 5.000 Einwohnern als Stadt definiert.

<sup>304</sup> Sämtliche demographischen Statistiken verwenden den Begriff der »Ethnie«; siehe zu dessen Unzulänglichkeiten Kapitel 2.3.2.1. Wenn im Folgenden darauf verzichtet wird, die Bezeichnungen ghanaischer Gesellschaften durch Anführungszeichen zu relativieren, geschieht dies aus Gründen besserer Lesbarkeit. »Asante«, »Ewe«, »Frafra«, etc. werden jedoch nicht als vorgegebene Einheiten, sondern als soziale Konstruktionen und Ergebnisse anhaltender Auseinandersetzungen um Identität und Zugehörigkeit verstanden.

<sup>305</sup> Auch sind die hergebrachten Indikatoren für die »ethnische Zugehörigkeit« wie insbesondere die Sprache bei weitem nicht immer bedeutsam für die jeweiligen Identitätskonstruktionen, vgl. etwa die Beispiele bei Stahl, 38 Ethnohistory (1991), 250 (254 ff.).

<sup>306</sup> Laut Volkszählung gehören 47,5 % der Bevölkerung den Akan an, vgl. 2010 Population and Housing Census of Ghana (Final Summary), Ghana Statistical Service, 2012, S. 5. Angesichts der Heterogenität der verschiedenen Gesellschaften, die unter dieser Bezeichnung zusammengefasst werden, kann eher von einer Sprachfamilie als von einer Volksgruppe gesprochen werden.

<sup>307</sup> Vgl. Gocking, A History of Ghana, 2005, S. 8.



jedoch üblicherweise nicht verwendet. Größere Gesellschaften bilden daneben die Mole-Dagbon im Norden, die Ewe im Osten und die Ga/Dangme in der Region um die Hauptstadt Accra. Eine so angedeutete Territorialisierung der »ethnischen« Vielfalt muss allerdings berücksichtigen, dass im gesamten Land selbst auf kleinstem Raum unterschiedliche Identitätskonstruktionen nebeneinander existieren.

Ghana ist nicht nur durch eine Vielzahl verschiedener Gesellschaften, sondern auch durch die Koexistenz unterschiedlicher normativer Ordnungen geprägt. Neben dem vom Vereinigten Königreich zur Zeit des Kolonialismus eingeführten und nach Erlangen der Unabhängigkeit beibehaltenen und weiterentwickelten Common Law werden zahlreiche lokale Gewohnheitsrechte vom Staat als Rechtsquelle anerkannt. Diese staatliche Anerkennung lokaler Normen kann als »offizieller« Rechtspluralismus bezeichnet werden. Diese Gewohnheitsrechte haben bis heute eine große Bedeutung. So sollen 80 % das Landes nach gewohnheitsrechtlichem Recht verwaltet werden.<sup>308</sup> Neben dieser offiziellen Bedeutung von Normen nicht-staatlichen Ursprungs ist Ghana bekannt für die besondere Stellung traditioneller Autoritäten, insbesondere der »Chiefs«.<sup>309</sup> Diese stellen gleichermaßen einen Teil der nationalen wie lokalen Identität und einen politischen Machtfaktor dar.

---

<sup>308</sup> Ubink, *In the Land of the Chiefs*, 2008 S. 21 f. Worauf sich diese Schätzung gründet, bleibt allerdings unklar. Die gleiche Zahl wird für das Verhältnis der nach Gewohnheitsrecht geschlossenen Ehen genannt, Kuenyehia/Ofei-Aboagye, *Family Law in Ghana and its Implication for Women*, in: Kuenyehia/et al. (Hrsg.), *Women & Law in West Africa*, 1998, S. 25. Diese Ehen sind potentiell polygam. Laut dem Demographic and Health Survey von 2008 leben 18 % der Frauen in formell polygamen Ehen, Ghana Demographic and Health Survey 2008, Ghana Statistical Service, 2009, S. 112 f.

<sup>309</sup> Im Folgenden wird im allgemeinen von traditionellen Autoritäten gesprochen, wenn sich um Ämter handelt, deren Inhaberinnen und Inhaber – auch wenn der Zugang zu solchen Ämtern regelmäßig geschlechtlich codiert ist, gilt dies nicht immer – sich maßgeblich auf Tradition als Legitimationsgrundlage berufen. Dies bedeutet nicht, dass entsprechende Ämter oder Befugnisse seit langer Zeit unverändert existieren. Es handelt sich zudem um einen Oberbegriff, der verschiedene Ämter, auch weibliche Autoritäten sowie Älteste umfasst. Daneben wird der Begriff »Chief« in Anführungszeichen verwendet. Hierdurch wird der ghanaischen Praxis entsprochen, die im offiziellen Sprachgebrauch die englische Bezeichnung übernommen hat. Die Anführungszeichen sollen verdeutlichen, dass es sich bei »dem Chief« um ein gesellschaftliches, teilweise auch rechtliches Konstrukt handelt.



»Ethnische« Karte Ghanas<sup>310</sup>

<sup>310</sup> Aus: Lentz/Nugent; Ethnicity in Ghana, in: Lentz/Nugent (Hrsg.): Ethnicity in Ghana, 2000, S. 11.

## 3.2 Historische Entwicklung des offiziellen Rechtspluralismus

Der offizielle Rechtspluralismus im heutigen Ghana kann nur vor dem Hintergrund seiner historischen Entwicklung verstanden werden. Er ist maßgeblich von der kolonialen Beherrschung durch Großbritannien und der lange währenden Instabilität des Staates nach Erlangen der Unabhängigkeit geprägt. Es kam im Laufe der Geschichte immer wieder zu Re-Konfigurierungen des Verhältnisses zwischen Staat und gewohnheitsrechtlichen Ordnungen.

Zwar existierte Rechtspluralismus im heutigen Ghana bereits vor der Etablierung des Kolonialstaats (dazu 3.2.1). Die Kolonialzeit ist also weder Anfangs- noch Schlusspunkt einer Entwicklung, sondern eine wichtige Episode im Rahmen eines andauernden Prozesses. Dennoch markierte die Entwicklung des Kolonialstaats eine Wende, da hiermit erstmals ein übergreifender staatlicher Organisationsrahmen für das Territorium des späteren Ghana geschaffen wurde (dazu 3.2.2 und 3.2.3). Das Ringen um die Unabhängigkeit zeichnete sich auch durch die Konkurrenz zwischen politischen Kräften aus, die unterschiedliche Vorstellungen darüber hatten, wie das Verhältnis zwischen moderner und traditioneller Staatlichkeit gestaltet werden sollte (dazu 3.2.4). Die wechselhafte Geschichte des unabhängigen Ghana war vor allem durch zahlreiche Militärputsche geprägt. Trotz dieser politischen Instabilität lässt sich eine gewisse Kontinuität im Umgang mit nicht-staatlichen normativen Ordnungen und ihren Institutionen ausmachen (dazu 3.2.5, 3.2.6 und 3.2.7). Die Privilegierung der traditionellen Elite und das gleichzeitige Ringen um Hegemonie mit dieser beeinflussten den Umgang und sind bis heute bestimmende Elemente des offiziellen ghanaischen Rechtspluralismus.

### 3.2.1 Vorkolonialer Rechtspluralismus

Rechtspluralismus ist kein Phänomen, dass die Existenz moderner Staatlichkeit bzw. staatlichen Rechts voraussetzt.<sup>311</sup> Schon vor der An-

---

<sup>311</sup> Vgl. etwa die Beispiele bei Tamanaha, 30 Sydney Law Review (2008), 375 (377 ff.).

kunft der europäischen Kolonialmächte lebten verschiedene Gesellschaften im Gebiet des heutigen Ghana und hatten Rechtsordnungen. Diese Gesellschaften standen seit jeher im Austausch, etwa durch Handel, aber auch durch kriegerische Auseinandersetzungen. Spätestens im 15. Jahrhundert entstanden mit dem Aufkommen größerer Handelsströme nördlich der Regenwaldzone zentralisierte Reiche, wie Dagomba und Gonja. Im Laufe des 18. Jahrhunderts konnte sich die Asante-Föderation als bestimmende Macht im Landesinneren etablieren. Ein militärstrategischer Vorteil der Asante war der effiziente Einsatz von Feuerwaffen. Diese tauschten sie (insbesondere gegen Gold und Sklaven) mit den sich seit dem 16. Jahrhundert zunehmend an den Küsten etablierenden europäischen Händlern.<sup>312</sup> Die Asante-Föderation, auch »Asanteman« genannt, stellte das räumlich größte Reich der Vorkolonialzeit dar. Gegen Ende des 17. Jahrhunderts hatten sich die bislang eher dezentralisierten Asante unter dem Militärführer Osei Tutu vereinigt und sich von der Herrschaft der Denkyira befreit.<sup>313</sup> An der Spitze des Asante-Reiches stand der Asantehene, unter dem sich ein aristokratisches System mit verschiedenen Ämtern herausgebildet hatte.<sup>314</sup> Dieses System zeichnete sich durch eine ausdifferenzierte Hierarchie dieser Ämter aus: An höchster Stelle standen die »Omanehene«, die Oberhäupter besonders einflussreicher Familien sowie der freiwillig beigetretenen oder unterworfenen Gesellschaften. Diese wurden später durch die englische Kolonialmacht als »Paramount Chiefs« bezeichnet. Auf der untersten Stufe fanden sich die einfachen »Chiefs«, die einzelne Dörfer führten. Ähnliche Herrschaftsstrukturen existierten auch in anderen Gesellschaften, beispielsweise den Ewe im Osten oder den Ga im Gebiet des heutigen Accra, deren »Mantse« sich jedoch die Macht mit verschiedenen Priesterämtern teilen mussten. Die Herrschaftsstrukturen dieser Gesellschaften waren jedoch nicht im selben Maße zentralisiert wie in der Asante-Föderation, an deren Spitze der Asantehene in Kumasi thronte. Die spätere Verwendung des

---

<sup>312</sup> McCaskie, *State and Society in Pre-colonial Asante*, 1995, S. 25 ff.

<sup>313</sup> Gocking, *The History of Ghana*, 2005, S. 22 ff.

<sup>314</sup> Vgl. zur Herrschaftsorganisation der Asante: Goldschmidt, *National and Indigenous Constitutional Law in Ghana*, 1981, S. 27 ff.

Begriffs »Chief« durch die britische Kolonialmacht führte also zu einer Vereinheitlichung unterschiedlicher Ämter und Strukturen.<sup>315</sup>

Die »Chiefs« waren keine absoluten Regenten, sondern in der Verwaltung auf die Kooperation mit Ältestenräten angewiesen, die sich aus den Oberhäuptern einflussreicher Familien zusammensetzten. Oft gab es zudem auch Mechanismen, um Mitglieder nicht-royaler Familien an Entscheidungen zu beteiligen, etwa durch Einbindung der Vertreter bestimmter militärischer Einheiten, den *asafo*. Gleichzeitig waren in der Person des »Chiefs« verschiedene Aufgaben und Kompetenzen vereinigt: Er erließ mitunter Regeln, schlichtete Streitigkeiten und sprach hierbei Recht, war aber auch für die Verwaltung natürlicher Ressourcen zuständig und wies etwa Mitgliedern der Gesellschaft Teile des Gemeinschaftslandes zur Nutzung zu. Den »Chiefs« kamen auch wichtige religiöse Funktionen zu; sie galten etwa als Mittler zwischen der Gemeinschaft und den verstorbenen Vorfahren.<sup>316</sup> Diese Machtfülle wurde durch ein dichtes Netz von Regeln und Mitwirkungsmöglichkeiten der Gemeinschaft begrenzt, die den jeweiligen Herrscher selbst banden. Verletzte ein »Chief« diese Regeln oder waren seine »Untertanen« aus anderen Gründen mit seiner Regierungsführung unzufrieden, konnte dies zu seiner Enthebung führen, die im Süden als »destoolment« bezeichnet wurde. Mitunter erfolgten solche Amtsenthebungen gewaltsam und waren dann mit der Vertreibung oder Tötung des Entmachteten verbunden. Obwohl der Begriff des »Chiefs« dies suggeriert, war dieses aristokratische Herrschaftssystem in vielen Gesellschaften kein rein männliches: Insbesondere bei den Akan nahmen weibliche Verwandte eines Herrschers als »*ohemmaa*« oder »Queenmother« – für diese Übersetzung ins Englische zog die Kolonialmacht das Vokabular der eigenen Monarchie heran<sup>317</sup> – an der täglichen Verwaltung teil und bei der Bestimmung der Nachfolge von »Chiefs« eine bedeutende Rolle ein. So war es beispielsweise ihre Aufgabe, einen neuen Herrschenden am Ende des Auswahlverfahrens

---

<sup>315</sup> Der Begriff war zudem Ausdruck der Beherrschung durch die englische Krone. Afrikanische Aristokratie wurde so als unter- und andersartig – und zwar rückständig – eingeordnet, vgl. Arndt, Häuptling, in: Arndt/Hornscheid (Hrsg.), Afrika und die deutsche Sprache, 2004, S. 142 ff.

<sup>316</sup> Harvey, Law and Social Change in Ghana, 1966, S. 67.

<sup>317</sup> Die Bezeichnung geht auf Rattray, Ashanti, 1923, S. 81 f. zurück.

in das Amt zu heben. Gleichzeitig spiegelten sich Geschlechtertrennungen auch bei der Aufgabenverteilung wider, galten weibliche Autoritäten doch in erster Linie als zuständig für die »Frauenangelegenheiten« in einer Gemeinschaft und waren den männlichen Ämtern ansonsten untergeordnet. Die Herrschaftsstrukturen waren damit Ausdruck einer Gegenüberstellung unterschiedlicher Geschlechterrollen in Verwaltung und Konfliktlösung. Durchbrochen wurde diese Ordnung nur in Einzelfällen, in denen »männliche« Ämter mit Frauen, also gewissermaßen »weiblichen Chiefs«, besetzt wurden. Auch gab es immer wieder besonders einflussreiche *ɔhemaa*, die die Politik einer Gesellschaft aufgrund ihrer individuellen Autorität über die ihnen formell zustehenden Mitwirkungsmöglichkeiten beeinflussen konnten.<sup>318</sup>

Insbesondere im Norden des heutigen Ghana fanden sich dagegen neben zentralisierten Gesellschaften – mit Ämterbezeichnungen wie »Naba«, »Na«, »Pe« und »Koro« – zahlreiche als »akephal« bezeichnete Gesellschaften, die als lose Dorfgemeinschaften ohne zentrale Autorität organisiert waren. Traditionelle Autoritäten wie die »Chiefs« im südlichen Ghana gab es hier in dieser Form also zunächst nicht bzw. nicht überall. Sakrale Aufgaben, aber auch die Verwaltung von Land wurden innerhalb dieser Gesellschaften von Priestern wahrgenommen, den »Teendanas«. Außerdem existierte hier eine weit größere Zahl von Gesellschaften mit eigenen Sprachen und Regeln. Diese Unterschiede zwischen Norden und Süden spiegeln sich auch auf symbolischer Ebene wider: Im Süden wird die Einheit einer Gesellschaft aus Vorfahren, Lebenden und kommenden Generationen durch einen geschnitzten Stuhl symbolisiert. Im Norden dient das »Skin«, die gespannte Haut eines Rinds, als entsprechendes Symbol. Zwar war Schriftsprache in einigen Gesellschaften zumindest den Eliten bekannt.<sup>319</sup> Es fand aber keine allgemeine Verbreitung von Schrift statt. Auch die normativen Ordnungen der jeweiligen Gesellschaften waren nicht schriftlich fixiert, sondern wurden mündlich tradiert.

---

<sup>318</sup> Zur Stellung von Frauen im traditionellen Herrschaftssystem siehe auch Odotei, *Women in Male Corridors of Power*, in: Odotei/Awedoba (Hrsg.), *Chieftaincy in Africa*, 2006, S. 81 ff.

<sup>319</sup> Vgl. Goody, *Restricted Literacy in Northern Ghana*, in: Goody (Hrsg.), *Literacy in Traditional Societies*, 1968, S. 199 ff. Allerdings war die Schriftsprache in diesem Fall Arabisch, also in den jeweiligen Gesellschaften eine Fremdsprache.

Immer wieder kam es neben kriegerischen Auseinandersetzungen auch zu Wanderbewegungen von Gesellschaften, bei denen Neuankömmlinge auf Alteingesessene trafen, diese unterwarfen, vertrieben oder integrierten. Auslöser für solche Wanderungen war nicht immer gewaltsame Vertreibung. Nicht selten spalteten sich Bevölkerungsteile auch aus Unzufriedenheit mit ihren jeweiligen Führern ab und migrierten in andere Gebiete. Diese Form des Widerstands – die heute noch in zahlreichen Gründungsmythen verschiedener Gesellschaften anklingt – war zu einer Zeit, in der noch genügend unbesiedeltes Land zur Verfügung stand und sich die landwirtschaftliche Produktion auf Subsistenzwirtschaft beschränkte, oft näherliegend als eine gewaltsame Auseinandersetzung.<sup>320</sup> Abwanderung stellte eine ernsthafte Gefahr dar, da die Bevölkerungszahl ein wichtiger Aspekt für den Machterhalt traditioneller Autoritäten und die Basis für das Überleben einer Gesellschaft war. Dies war ein zusätzlicher Faktor, der die Machtfülle traditioneller Eliten begrenzte; auch Gruppenmitglieder mit niedrigerem Status konnten so einen gewissen Einfluss auf politische Entscheidungen ausüben. Abspaltungen und Wanderbewegungen verdeutlichen zudem, dass es sich bei der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft nicht um eine starre, unveränderliche Zuordnung handelte. Entsprechende Zuschreibungen und Selbstverständnisse hatten einen eher dynamischen Charakter und überlappten sich nicht selten.<sup>321</sup>

Neben diesem »inter-ethnischen« Austausch stellt die Verbreitung des Islam – vor allem im nördlichen Teil des heutigen Ghana – einen weiteren Prozess dar, der die Rechtslandschaft in vorkolonialer Zeit nachhaltig prägte. Die frühesten islamischen Einflüsse gehen auf den Handelskontakt mit dem nördlichen Afrika über die trans-savannischen Handelsrouten zurück. Im 17. Jahrhundert nahm die Ausbreitung des Islam stark zu; große Teile der Bevölkerung im Norden folgten nunmehr – zumindest zu einem gewissen Teil – islamischen Lehren und Geboten.<sup>322</sup> Im Rahmen dieses Prozesses wurden auf der

---

<sup>320</sup> Lonsdale, Political Accountability in African History, in: Chabal (Hrsg.), Political Domination in Africa, 1986, S. 146.

<sup>321</sup> Lentz/Nugent, Ethnicity in Ghana, in: Lentz/Nugent (Hrsg.), Ethnicity in Ghana, 2000, S. 2 ff.

<sup>322</sup> Vgl. zur Verbreitung des Islam: Weiss, Between Accommodation and Revivalism, 2008, S. 43 ff.

Shari'a basierende Normen eingeführt, die sich zu einem gewissen Grad mit den lokalen Ordnungen verschmolzen.

Handelskontakte, Wanderungsbewegungen und Eroberungszüge führten dazu, dass bereits vor der Entwicklung des Kolonialstaats verschiedene Rechtssysteme aufeinander trafen und diese verschiedenen normativen Ordnungen oft gleichzeitig Geltung verlangten. Dieser vor-koloniale Rechtspluralismus erlangte eine neue Qualität, als sich das britische Königreich als Kolonialmacht im Süden durchsetzen konnte. Im Zuge der Kolonialisierung etablierte sich auf dem Gebiet des heutigen Ghana erstmals eine Form von Staatlichkeit, durch die ein das gesamte Gebiet übergreifender organisatorischer Rahmen geschaffen wurde. Auch wenn der südliche Teil des heutigen Ghana erst verhältnismäßig spät offiziell zur Kronkolonie erklärt wurde, erstreckte sich der britische Einfluss hier schon früh über den bloßen Handelskontakt hinaus.

### 3.2.2 Ungleichzeitige Unterwerfung

Offiziell wurde der südliche Teil des heutigen Ghana erst im 19. Jahrhundert zur Kronkolonie erklärt. Bereits vor dieser Formalisierung der Herrschaft existierte in diesem Gebiet ein starker britischer Einfluss. Die Herrschaft über die anderen Teile des heutigen Ghana erwarb das britische Königreich erst später. Diese ungleichzeitige räumliche Entwicklung des Kolonialismus in den verschiedenen Landesteilen beeinflusste auch die rechtlichen Arrangements der Kolonialzeit.

In den vier Jahrhunderten nach der Landung portugiesischer Händler im Jahre 1471 hatten verschiedene europäische Mächte wie das britische Königreich, die Niederlande und Schweden an der Küste des heutigen Ghana vorwiegend vom Handel mit Sklaven und Gold profitiert.<sup>323</sup> Beliebtestes Tauschobjekt für die einheimischen Handelspartner waren Feuerwaffen, die diesen einen militärischen Vorteil gegenüber konkurrierenden Gesellschaften sicherten. Das britische König-

---

<sup>323</sup> Vgl. Phillips, *The Enigma of Colonialism*, 1989, S. 16 ff., die beschreibt wie sowohl die Einführung überseeischen Sklavenhandelns durch europäische Mächte wie auch dessen offizielle Beendigung durch Großbritannien die gesellschaftliche Entwicklung afrikanischer Gesellschaften maßgeblich beeinflusste – gerade weil diese ebenfalls vom Sklavenhandel profitierten.



reich konnte sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts gegen seine inneuropäischen Konkurrenten als bestimmende Macht an der Küste durchsetzen. In dieser Zeit unterstanden die Forts im Küstengebiet abwechselnd der Kontrolle privater Handelsgesellschaften und der Krone, vertreten vom Gouverneur der benachbarten Kolonie in Sierra Leone. Im Landesinneren war jedoch zeitgleich eine neue regionale Großmacht entstanden, die in ihrem Expansionstrieb der britischen Kolonialmacht nicht nachstand. Das ca. 1670 gegründete Asante-Reich hatte sich seit Beginn des 19. Jahrhunderts vehement in Richtung Süden ausgedehnt und dabei unter anderem Kriege mit den Ga und den Fanti geführt. Spätestens seit dieser Expansion stellte das Asante-Reich eine unmittelbare Bedrohung britischer Interessen dar – ebenso wie die Asante die britische Politik als Gefährdung ihrer Handelsbeziehungen mit den Niederlanden wahrnahmen, die zu dieser Zeit noch Niederlassungen an der Küste unterhielten.<sup>324</sup> Im Jahre 1824 kam es deshalb erstmals zum Krieg, den das britische Königreich nach anfänglichen Niederlagen gewann.

Durch diese erste Niederlage wurden die Asante allerdings nur vorübergehend in ihrem Vordringen in Richtung Küste aufgehalten. Der Konflikt schwelte weiter, bis britische Truppen nach teilweise verheerenden Niederlagen die Asante im Jahre 1874 besiegten und ihre Hauptstadt Kumasi niederbrannten. Nach diesem Sieg erklärte das britische Königreich die Küstensiedlungen durch die Royal Charter vom 24. Juli 1874 formal zur Kronkolonie.<sup>325</sup> Dieser Schritt war keineswegs selbstverständlich. In der Metropole war zu dieser Zeit die Ansicht weit verbreitet, dass jegliche Aktivitäten in der Region eine Verschwendung von Steuermitteln darstellten und sich das Königreich daher so bald wie möglich zurückziehen sollte.<sup>326</sup> Das Asante-Reich

---

<sup>324</sup> Außerdem zwang das britische Verbot des Sklavenhandels die Asante, die zuvor lange Zeit von diesem profitiert hatten, dazu, ihre Sklavenjagd einzuschränken und Sklaven anderweitig, etwa in der Produktion von Palmöl, einzusetzen. Dieser interne Einsatz von Sklaven wurde erst nach der Eroberung des Ashani-Reichs im Jahre 1908 verboten, vgl. Austin, *Labour, Land, and Capital in Ghana*, 2009, S. 201 ff.

<sup>325</sup> Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 17. Kimble, *A Political History of Ghana*, 1963, gibt einen detaillierten Überblick über die frühe Kolonialzeit.

<sup>326</sup> So empfahl ein parlamentarisches Select Committee noch im Jahre 1865, die Verwaltungsangelegenheiten zeitnah auf einheimische Institutionen zu verlagern, um

wurde der Kolonie im Jahre 1901 als separates »Protektorat« angegliedert, nachdem ein letzter Aufstand der Asante unter der Führung der *ɔhemaa* des Ortes Ejisu, Yaa Asantewaa,<sup>327</sup> niedergeschlagen worden war.<sup>328</sup> Ein Jahr später wurde der Norden des heutigen Ghana unter der Bezeichnung »Northern Territories« ebenfalls als Protektorat angegliedert. Hauptgrund für die Einverleibung dieses Gebiets war die Angst vor europäischer Konkurrenz, vor allem vor Frankreich, aber auch vor Deutschland, das inzwischen ebenfalls nach afrikanischen Besitzungen strebte. Der östliche Teil Ghanas fiel erst nach dem Ende des Ersten Weltkriegs unter britische Verwaltung, als die ehemalige deutsche Kolonie Togoland im Jahre 1919 zwischen Frankreich und dem britischen Königreich aufgeteilt wurde.<sup>329</sup> Dieses »British-Togoland« blieb bis kurz vor der Unabhängigkeit Ghanas von der restlichen Kolonie getrennt und wurde erst im Jahre 1956 angegliedert.<sup>330</sup> Im Gegensatz zur Kronkolonie unterstanden die anderen Teile der direkten Kontrolle eines Sonderbeauftragten. Auch die Herausbildung einer bürgerlichen Elite war lange auf das Gebiet der Kronkolonie beschränkt, in dem schon seit Jahrhunderten ein kommerzieller und

---

so die Regierungsgewalt in der Region mit Ausnahme von Sierra Leone abgeben zu können, vgl. Kimble, *A Political History of Ghana*, 1963, S. 205 ff.

<sup>327</sup> Eine differenzierte Darstellung des Aufstands und Yaa Asantewaas findet sich bei: McCaskie, 77 *Africa* (2007), 151 ff., der auch die spätere Identitätspolitik um ihre Person analysiert.

<sup>328</sup> Yaa Asantewaa wurde gemeinsam mit dem bereits zuvor inhaftierten Asantehene, Prempreh I, und der Asantehemaa, Yaa Kya, ins Exil auf die Seychellen verbannt, vgl. Wilks, *Asante Nationhood and Colonial Administrators*, in: Lentz/Nugent (Hrsg.), *Ethnicity in Ghana*, 2000, S. 69 ff. Auslöser für diesen letzten großen Aufstand war das Verlangen des damaligen britischen Gouverneurs, Sir Frederick Hodgson, auf dem Goldenen Stuhl, dem »Sika Dwa Kofi«, der Asante-Föderation Platz nehmen zu dürfen. Dieser Stuhl war ein sakrales Symbol der Gemeinschaft, diente aber nicht als tatsächliche Sitzgelegenheit, weshalb Hodgsons Aufforderung als tiefe Beleidigung aufgefasst werden musste. Ein blutiges Missverständnis also, das von der britischen Administration auch als solches verstanden wurde, vgl. Laue, *African Affairs* (1976), 33 (36). Erst im Jahre 1935 wurde die Ernennung eines Asantehenes erneut zugelassen und die Asante-Föderation wieder hergestellt. Premph II herrschte damit als erster Asantehene unter britischer Herrschaft, allerdings über ein deutlich kleineres Gebiet.

<sup>329</sup> Die deutsche Kolonie wurde faktisch bereits einige Tage nach Ausbruch des Ersten Weltkriegs durch ein britisch-französisches Expeditionsheer besetzt. Völkerrechtlich legalisiert wurde die Aneignung erst durch ein Mandat des Völkerbunds am 20. Juli 1922, vgl. Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 25, 28.

<sup>330</sup> Gocking, *The History of Ghana*, 2005, S. 109.

kultureller Austausch existiert hatte. Diese Elite – Kaufleute, Verwaltungsbeamte, Juristen, Prediger – grenzte sich deutlich von der traditionellen Elite ab, distanzierte sich durch zunehmende Forderungen nach Autonomie aber ebenfalls schon früh von der britischen Kolonialverwaltung. Diese begegnete denjenigen, die nach mehr Selbstbestimmung strebten, mit zunehmender Ablehnung.<sup>331</sup>

### 3.2.3 Britische Jurisdiktion und »Indirect Rule«

Unterschied sich die Art der kolonialen Machtausübung innerhalb dieser drei Gebiete – der Kronkolonie Gold Coast sowie den Protektoraten Ashanti und Northern Territories – also formal, so gab es für den Bereich der Rechtsprechung zu Beginn des 20. Jahrhunderts eine wichtige Annäherung. Mit der »Bond of 1844« hatten zuvor einige traditionelle Autoritäten der Küstenregion die Jurisdiktion der Krone in schweren Strafsachen formal anerkannt.<sup>332</sup> Für Fälle leichter Kriminalität sowie im Bereich des Zivilrechts sollte auch vor britischen Gerichten nach einheimischem Recht – den »local customs« – entschieden werden, wenn ausschließlich Einheimische betroffen waren und dieses Recht mit den Prinzipien englischen Rechts vereinbar war. Die Ausdehnung des kolonialen Einflusses in den folgenden Jahrzehnten führte zu einer Zunahme britischer Rechtsprechung auch in Zivilsachen, die mit der Streitbeilegung durch traditionelle Autoritäten konkurrierte. Insbesondere in den Küstenstädten wurde versucht, die Streitbeilegung durch traditionelle Autoritäten vollständig zu unterbinden.<sup>333</sup>

Im Jahre 1876 wurde die »Supreme Court Ordinance« erlassen, ein eigenständiges oberstes Gericht für die Kronkolonie eingerichtet und das Amt des Chief Justice eingeführt.<sup>334</sup> Gegen Urteile dieses Gerichts

---

<sup>331</sup> Vgl. zum Beispiel die Äußerung eines Beamten des Londoner Colonial Office: »The ›educated elite‹ [...] is the curse of the West Coast«, Protokoll vom 24.07.1886, CO/96/174; zitiert nach Kimble, *A Political History of Ghana*, 1963, S. 91.

<sup>332</sup> Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 8.

<sup>333</sup> In ihrem Bemühen schreckten sie dabei auch nicht davor zurück, »Chiefs« zu verhaften, wenn diese trotzdem Recht sprachen, vgl. Gocking, *The History of Ghana*, 2005, S. 38 f.

<sup>334</sup> Ein erster eigenständiger Supreme Court hatte bereits seit dem Jahr 1853 bestanden, war jedoch im Jahre 1866 wieder aufgelöst worden, als die Gold Coast nach

konnte Revision vor dem »Privy Council« eingelegt werden, dem lange Zeit höchsten Gericht für die Kolonien des Commonwealth.<sup>335</sup> Dies führte formell nicht zur Verdrängung einheimischen Rechts. Die Ordinance legte vielmehr fest, dass auch in den Kolonialgerichten neben dem britischen Recht, das ab dem Stichtag des 24. Juli 1874 für gelten-des Recht erklärt wurde, in bestimmten Fällen weiterhin lokales Recht angewendet werden könne:

»Nothing in this Ordinance shall deprive the Courts of the right to observe and enforce the observance, or shall deprive any person of the benefit, of any Native law or custom existing in the Gold Coast, such law or custom not being repugnant to natural justice, equity, and good conscience, nor incompatible either directly or by necessary implication with any Ordinance for the time being in force.«<sup>336</sup>

Die sich schon zuvor angedeutete Unterordnung unter das britische Recht wurde damit in der Ordinance verfestigt: Eine Anwendung war ausgeschlossen, wenn die Bräuche »repugnant to natural justice, equity or good conscience« waren oder im Widerspruch zum britischen Recht stand. Die Formel – die eine Unterscheidung zwischen Recht und bloßem Brauch nahelegt – hatte ihren Ursprung in einer Regel für die Verwaltung des indischen Reichs und fand in dieser oder ähnlichen Formulierungen auch in anderen Kolonien Verwendung.<sup>337</sup> Sprachlich fällt an dieser Formel nicht nur deren besondere Weite und Unbestimmtheit. »Repugnant« bedeutet im Englischen nicht nur »un-

---

einem weiteren Krieg mit den Asante vorübergehend wieder an die Verwaltung von Sierra Leone angegliedert worden war, vgl. Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 14 ff.

<sup>335</sup> Ursprünglich handelte es sich hierbei nicht um ein Gericht, sondern um ein Beratungsorgan. Dessen »Judicial Committee« stellte aber die letzte Appellationsinstanz für die britischen Kolonien dar. Zum Privy Council: Janssen, *Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts*, 2000, S. 4 ff., 43 ff. Im Jahre 1928 wurde der West African Court of Appeal als gemeinsames Appellationsgericht der westafrikanischen Kolonien eingeführt. Der Privy Council blieb jedoch weiterhin höchste Revisionsinstanz, vgl. Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 33.

<sup>336</sup> Sec. 19, Supreme Court Ordinance, abgedruckt bei Essien, 24 *Journal of Black Studies* (1994), 246 (247).

<sup>337</sup> Janssen, *Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts*, 2000, S. 154 ff.

vereinbar«, sondern auch »abscheulich, widerwärtig«.<sup>338</sup> Es ging also nicht allein um eine Feststellung der Unvereinbarkeit mit anderem Recht bzw. anderen moralischen Vorstellungen, sondern auch um den Ausdruck einer eindeutigen Wertung. Auch wenn dies nicht ausdrücklich festgelegt wurde, beschränkte sich die Anwendung einheimischen Rechts dabei zusehends auf Chieftaincy-Angelegenheiten, die Regulierung familiärer Beziehungen sowie das Erb- und Landrecht. Diese Rechtsgebiete waren für die Verwaltung und Kontrolle des Gebietes, dessen Klima und die damit verbundenen Krankheiten eine umfassende Ansiedlungspolitik unmöglich machten, nur von untergeordneter Bedeutung. Gleichwohl gab es auch Versuche, in den familiären Beziehungen zu regulieren. So wurde beispielsweise im Jahre 1884 die Marriage Ordinance erlassen, die es Einheimischen ermöglichte, monogame Ehen nach englischem Common Law zu schließen. Die Ordinance sah für solche Ehen vom Gewohnheitsrecht abweichende, die Kernfamilie begünstigende Erbbregeln vor.<sup>339</sup>

Bezüglich der Rechtsprechung durch traditionelle Autoritäten revidierte die Kolonialadministration ihre anfängliche Politik der Verdrängung,<sup>340</sup> nachdem sie nicht zuletzt im Krieg mit den Asante festgestellt hatte, wie sehr sie auf die Zusammenarbeit mit der traditionellen Elite angewiesen war. Dabei wurde versucht, die einheimischen Gerichte traditioneller Autoritäten als »Native Tribunals« in das koloniale Gerichtssystem einzubinden.<sup>341</sup> Auch in anderen Kolonien hatte es eine

---

<sup>338</sup> Beseler/Jacobs-Wüstefeld, *Law Dictionary*, 4. Aufl., 1986, S. 1429.

<sup>339</sup> Die Marriage Ordinance, die mit verschiedenen Änderungen und Ergänzungen noch heute gilt, traf auf verbreiteten Widerstand und wurde auch in späterer Zeit nur sehr zurückhaltend aufgenommen. Adinkrah, 18 *African Legal Studies* (1980), 1 (8) macht als Grund für das Scheitern insbesondere die Erbbregeln aus. In der von ihm gegen Ende der 1970er Jahre durchgeführten Mikro-Studie sprach sich allerdings ein erheblicher Teil der befragten Frauen (30-48 %) für diese Eheform aus (15). Nach Daniels, 31 *Journal of African Law* (1987), 93 (94 f.) gab es dagegen bereits bei Erlass der Ordinance eine breite gesellschaftliche Bewegung, die (erfolglos) für eine Ausdehnung der erbrechtlichen Regeln der Ordinance auch auf gewohnheitsrechtliche Ehen warb.

<sup>340</sup> Der Supreme Court hatte bereits im Jahre 1887 in *Oppon v. Ackinie* (abgedruckt in: Sarbah, *Fanti Customary Laws*, 1968, S. 232 ff.) erklärt, dass die Einführung der Ordinance die Rechtsprechungsgewalt einheimischer Autoritäten nicht eingeschränkt habe.

<sup>341</sup> Auch wenn formell eine deutliche Trennung zwischen britischer und einheimischer Jurisdiktion bestand, kam es zusehends zu einer Vermischung beider

Entwicklung zur mittelbaren Herrschaftsausübung durch örtliche und traditionelle Herrschaftsstrukturen – der »Indirect Rule« – gegeben. Dabei stellte diese Form der Herrschaftsausübung zunächst keine Besonderheit britischer Kolonialpolitik dar. Ein entscheidender Grund für die Wahl dieser Herrschaftsmethode war nicht zuletzt das Erfordernis einer möglichst kostengünstigen Verwaltung. Allerdings verlieh die britische Kolonialverwaltung der »Indirect Rule« Anfang des 19. Jahrhunderts den Anschein einer systematischen Politik,<sup>342</sup> die auf ein zumindest vordergründig »wissenschaftliches« Modell zurückgeführt wurde.<sup>343</sup> Zugleich wurde sie ideologisch in das Zivilisierungsprogramm eingebunden, das lange Zeit zur Rechtfertigung des Kolonialismus diente. Die Einbindung »traditioneller« Herrschaft bedeutet jedoch nicht, dass diese Politik nicht mit erheblichen Eingriffen in existierende Herrschaftsstrukturen verbunden war. Insbesondere im Norden existierten zahlreiche Gesellschaften, die keine entsprechende Organisation aufwiesen. Da für eine »indirekte« Herrschaftsausübung jedoch Mittler erforderlich waren, wurden Strukturen wie im Süden der Kolonie eingeführt bzw. Gesellschaften mit entsprechenden Strukturen privilegiert. Ähnliche Veränderungen wurden auch gegenüber kleineren Gesellschaften im Süden vorgenommen. Ausgenommen von dieser Unterstützung waren solche Strukturen, in denen auch Frauen und Gemeine an Entscheidungsfindungsprozessen teilnehmen konnten.<sup>344</sup> Insbesondere die Herrschaftsstruktur des Asante-Reiches ent-

---

Rechtszweige, vgl. Gocking, 19 *Journal of African History* (1993), 93 (95 ff.).

<sup>342</sup> Berry, 62 *Africa* (1992), 327 (332 ff.). Eine einheitliche Praxis der indirekten Herrschaft in sämtlichen britischen Kolonien gab es nicht. Vielmehr waren die konkrete Gestalt und Durchsetzung mittelbarer Herrschaft abhängig von den jeweiligen Umständen.

<sup>343</sup> Diese Entwicklung spiegelt sich auch in den veränderten Voraussetzungen für den Eintritt in den Kolonialdienst wider: Überwogen anfangs militärische Laufbahnen, entwickelte sich nach dem Ersten Weltkrieg ein Zivilbeamtentum mit zunehmender Qualifikation. Im Jahre 1924 wurde ein einjähriger Vorbereitungskurs in Oxford oder Cambridge, der auch Einheiten in Ethnologie und Recht umfasste, obligatorisch, vgl. Lentz, *Ethnicity and the Making of History in Northern Ghana*, 2006, S. 73.

<sup>344</sup> Allman/Tashjian, »I will not eat stone«, 2000, S. 18 ff. beschreiben, wie dieser Prozess der Maskularisierung bei den Asante erfolgte und zugleich mit der Unterordnung von marginalisierten Bevölkerungsgruppen und Minderheiten unter die Herrschaft traditioneller Autoritäten verbunden war. Dieser Prozess war wohlge- merkt nicht allein durch Nichtanerkennung, sondern auch durch aktive Verdrän-

sprach am ehesten dem eigenen Verständnis staatlicher Gewaltausübung und zugleich dem Bedürfnis nach gestufter Kontrolle.<sup>345</sup> Allerdings hatte die britische Eroberungspolitik dazu geführt, dass sich auch die Gestalt der als traditionell bezeichneten Herrschaftsorganisation der Asante deutlich von derjenigen vor der Unterwerfung unterschied. Schließlich war die gesamte Führungselite des vergleichsweise zentralisierten Asante-Reiches in die Verbannung geschickt und stattdessen eine viel stärker dezentralisierte Entscheidungsstruktur etabliert worden.<sup>346</sup>

Ihren Höhepunkt erreichte die Politik der »Indirect Rule« in den 20er Jahren unter dem Gouverneur Guggisberg, der weitgehende Reformen durchführte. Zugleich stellte diese Periode eine Blütezeit der ethnologischen Forschung dar – nicht zuletzt auch über die normativen Ordnungen der unterworfenen Gesellschaften. Denn nunmehr bestand auch ein offizielles Interesse an traditionellen Strukturen.<sup>347</sup> Neben diesen strukturellen Änderungen nahmen die Briten zusätzlich auch Einfluss auf die personelle Besetzung traditioneller Institutionen. Solche Möglichkeiten boten sich insbesondere dann, wenn es ver-

---

gung geprägt. Während die Stellung einheimischer Frauen zunächst als völlig irrelevant angesehen worden war, entwickelte sich seit den 20er Jahren eine dezidierte Frauenpolitik, die Frauen ausschließlich als Gegenstand begriff. Zu dieser Seite der indirekten Herrschaft, die neben der Politik von Kolonialverwaltung und männlicher traditioneller Elite vor allem auch durch die Tätigkeit christlicher Missionen geprägt wurde: ebd., S. 169 ff. Zur materiellen Kehrseite dieses Prozesses: Kesson-Smith/Tettey, *Citizenship, Customary Law and Gendered Jurisprudence*, in: Tettey/Puplampu/Berman (Hrsg.), *Critical perspectives in Politics and Socio-economic Development in Ghana*, 2003, S. 312 ff.

<sup>345</sup> Die Einführung dieser Strukturen kann am besten als Prozess verstanden werden, der je nach Interessenlage der Beteiligten sowohl auf Gegenwehr als auch auf Unterstützung stieß, vgl. Lentz, *Ethnicity and the Making of History in Northern Ghana*, 2006, S. 33 ff.

<sup>346</sup> McCaskie, *10 History in Africa* (1983), 187 (194 ff.).

<sup>347</sup> Prominentester Vertreter für die rechtsethnologische Forschung aus dieser Zeit ist R. Sutherland Rattray, der als Kolonialbeamter Werke wie *Ashanti*, 1923, *Ashanti Law and Constitution*, 1929 und *The Tribes of the Ashanti Hinterland*, 1932 verfasste. Seine offizielle Stellung (»Ashanti« war eine nur leicht veränderte Fassung seines ersten Jahresberichts als Leiter des 1921 gegründeten Anthropological Departments der Kolonialverwaltung) und dass sein Werk zur Pflichtlektüre für Kolonialbeamte im Ashanti-Protektorat wurde, veranschaulichen eindringlich die Nähe zwischen britischer Kolonialpolitik und Anthropologie. Gleichzeitig war Rattray ein Folklorist, der durchaus großen Respekt vor den Asante hatte. Vgl. zur zwiespältigen Rolle Rattrays: Laue, *African Affairs* (1976), 33 ff.

schiedene Fraktionen gab, die um ein traditionelles Amt stritten. Die Unterstützung der Kolonialmacht wurde aber auch gezielt von den jeweiligen Fraktionen genutzt, um ihre Interessen durchzusetzen.<sup>348</sup> Durch die Politik der indirekten Herrschaft wurden die Stellung der »Chiefs« erheblich gestärkt, da verschiedene Mechanismen und Beteiligungsformen, die ihre Macht ursprünglich begrenzt hatten, nicht beachtet oder aktiv bekämpft wurden. Gleichzeitig wurden sie aber auch geschwächt, da sie auf die Anerkennung der britischen Kolonialverwaltung angewiesen waren und hierdurch viel von ihrer ursprünglichen Legitimation verloren. Dieser Prozess der Anerkennung, Instrumentalisierung und Verformung von Tradition bezog sich nicht allein auf einzelne Elemente und Institutionen, sondern in mindestens ebenso starkem Maße auf die Einheiten, denen diese Tradition zugeordnet wurde. Es war der Kolonialverwaltung zwar bereits zuvor bekannt, dass Einheimische in »Stämmen« organisiert waren. Deren Konstruktion wurde jedoch dadurch noch weit stärker betrieben, dass nunmehr die jeweilige Kultur, Sprache und Geschichte in Abgrenzung von anderen Gruppen erforscht und festgeschrieben wurden. »Festschreiben« ist durchaus wörtlich zu nehmen, da die schriftliche Fixierung von Sprachen und Geschichten einen wichtigen Anteil an diesem Prozess hatte. Außerdem wurde den verschiedenen Gesellschaften ein bestimmtes Gebiet zugewiesen und diese so territorialisiert.

Die Kolonialverwaltung hatte seit dem Jahre 1883 eine Reihe von Verordnungen erlassen, um die »traditionelle« Rechtsprechung gesetzlich auszugestalten. Diese mündeten im Jahre 1927 im Erlass der »Native Administrative Ordinance«, die unter anderem Inhalt und Grenzen der Rechtsprechung durch traditionelle Autoritäten regelte. Durch diese Verordnungen wurde das bereits zuvor bestehende duale Gerichtssystem von britischen Gerichten und den sogenannten »Native Courts« formalisiert.<sup>349</sup> Letztere waren mit traditionellen Autoritä-

---

<sup>348</sup> Dieses Zusammenspiel verdeutlicht etwa Gocking in einer Mikrostudie der Politik auf dem Gebiet der Kronkolonie. Auch hier zeigte sich, dass »indirect rule« keineswegs allein die Integration des Bestehenden bedeutete, sondern durch gezielte Manipulation seitens der Kolonialmacht und der jeweiligen einheimischen Eliten geprägt war, vgl. Gocking, 28 *Canadian Journal of African Studies* (1994), 421 (424 ff.).

<sup>349</sup> Zur Entwicklung der »Native Courts«: Allott, *Essays in African Law*, 1960, S. 105 ff.



ten (neben den »Chiefs« wurden hierbei oft auch weitere – männliche – Familienoberhäupter eingebunden) besetzt und entschieden über die Regulierung familiärer Beziehungen und Erbstreitigkeiten, sowie bei kleineren Vergehen auf Grundlage von Gewohnheitsrecht, wenn es sich bei den Parteien ausschließlich um Einheimische handelte. Eine Anrufung britischer Gerichte, insbesondere des Supreme Court, wurde der einheimischen Bevölkerung erst im Laufe des 20. Jahrhunderts ermöglicht. In den Protektoraten fehlte eine vergleichbare Vorgeschichte, und die »indirekte« Herrschaft wurde hier von Beginn an deutlich »direkter« ausgeübt. So wurde die einheimische Rechtsprechung von Beginn an viel stärker kontrolliert, etwa durch Einflussnahme auf die Besetzung traditioneller Gerichte. Die Eingriffe führten zu einer Erosion der vorherigen Arrangements. Diejenigen, die in diesen benachteiligt waren, also vor allem Frauen, aber auch Mitglieder weniger einflussreicher Familien, versuchten nicht selten, diesen Moment der Instabilität zu nutzen, um die bisherigen Rollenverteilungen auch vor Gerichten in Frage zu stellen. Diese Form des Widerstands widersprach jedoch gleichermaßen den Interessen der traditionellen Elite wie denen der Kolonialadministration und wurde deshalb unterbunden.<sup>350</sup> Erst mit der im Jahre 1944 erlassenen »Native Courts (Colony) Ordinance« wurde die Behandlung traditioneller Gerichte für sämtliche Gebiete weitgehend vereinheitlicht.<sup>351</sup>

Wie Gewohnheitsrecht vor britischen Gerichten festgestellt werden sollte, blieb zunächst ungeklärt. Obwohl die Mehrzahl des juristischen Personals aus dem britischen Königreich stammte, entwickelte sich innerhalb der afrikanischen Elite allmählich eine Schicht einheimischer Juristen. Im Jahre 1887 wurde John Mensah Sarbah als erster Jurist afrikanischer Herkunft zur britischen Anwaltschaft zugelassen. Zehn Jahre später veröffentlichte er sein »Fanti Customary Laws«, eine Beschreibung des Gewohnheitsrechts der Fanti, die durch ein Sammlung von Entscheidungen des britischen Gerichts in Cape Coast, der damaligen Hauptstadt der Kronkolonie, ergänzt wurde.<sup>352</sup> Darin kriti-

---

<sup>350</sup> Vgl. etwa die Analyse der Bedeutung von Ehebruchsverfahren im Ashanti-Protektorat bei Allman/Tashjian, »I will not eat stone«, 2000, S. 175 ff.

<sup>351</sup> Allott, *Essays in African Law*, 1960, S. 108 ff.

<sup>352</sup> Sarbah, *Fanti Customary Laws*, 1967.

siert Sarbah auch die britische Haltung gegenüber Gewohnheitsrecht. So heißt es einleitend zur Beschreibung des gewohnheitsrechtlichen Eherechts:

»The customary law relating to marriage is very simple, but, by some inexplicable process, it is a stumbling-block to the foreigner, and to the native who considers himself better than his forefathers. The attention of those whose sole object on the Gold Coast is to discredit the Fanti marriage institution is respectfully directed to an accurate study of the English marriage system.«<sup>353</sup>

Diese Kritik richtet sich sowohl gegen den verständnislosen Ausländer als auch gegen solche Einheimische, die sich »als etwas Besseres fühlen«. Damit spricht Sarbah die europäisch geprägte Elite an, der er selbst angehört. Dieser Stelle ist eine mehrseitige Fußnote angefügt, in der Sarbah einen Zeitungsartikel zu den Ursprüngen britischer Hochzeitsbräuche zitiert. Den primitiven Bräuchen der afrikanischen Westküste werden in der Fußnote die primitiven Bräuche der britischen Kolonialmacht bzw. deren Ursprünge gegenübergestellt. Es handelt sich um eine Form des Rechtsvergleichs, die dazu dient, der verbreiteten Annahme britischer Überlegenheit zu widersprechen. Dafür betont Sarbah die Ähnlichkeit verschiedener Kulturen. Zugleich beschreibt er aber auch Unterschiede, wenn er hinsichtlich der Verwendung englischer Rechtsbegriffe zur Beschreibung von Landeigentum in der Kolonie feststellt:

»An estate in fee-simple is the largest estate or interest which the English law allows any person to possess in landed property [...]. Strictly speaking, the term ›fee-simple‹, as used in English law, cannot be correctly applied or used when speaking of the highest kind of the tenures obtaining on the Gold Coast. [...] [T]he use of the term ›fee-simple‹ is misleading.«<sup>354</sup>

Er kritisiert also eine konkrete Übersetzung von Recht im engeren Sinne. Sarbah war auch ein führendes Mitglied der »Aborigines Rights Protection Society« (ARPS), einer Vereinigung, die sich den Schutz und

<sup>353</sup> Sarbah, *Fanti Customary Laws*, 1967, S. 41.

<sup>354</sup> Sarbah, *Fanti Customary Laws*, 1967, S. 65.

die Bewahrung traditionellen Rechts zur Aufgabe gemacht hatte.<sup>355</sup> Gerade die Aktivitäten dieser Vereinigung verdeutlichen, dass die Konstruktion von Gewohnheitsrecht auch als Mittel des Widerstands – in diesem Fall der intellektuellen, wirtschaftlichen und traditionellen einheimischen Eliten – gegen die Kolonialmacht verwendet wurde. So wurde beispielsweise die »doctrine of no unowned land« als Reaktion auf die Versuche der Kolonialverwaltung entwickelt, ungenutztes Land der Krone einzuverleiben.<sup>356</sup> Die ARPS war bei der Entwicklung dieser Doktrin, wie auch bei der Organisation des gemeinsamen Widerstands von traditioneller und urbaner (insbesondere anwaltlicher) Elite eine treibende Kraft.<sup>357</sup> Nicht zuletzt wegen dieses gemeinsamen Widerstands gegen die Pläne der Verwaltung wurde auf die Aneignung des Landes durch die Krone letztlich verzichtet.

Die Frage, wer den Inhalt von Gewohnheitsrecht bestimmte, war also bedeutsam und – nicht zuletzt, weil es nicht schriftlich fixiert und daher im besonderen Maße offen für Deutungen war – Gegenstand von Konflikten. Wie die britischen Gerichte den Inhalt von Gewohnheitsrecht feststellen sollten, blieb dennoch lange Zeit ungeklärt. Erst im Jahre 1916 urteilte der Privy Council in *Angu v. Attah*, dass Gewohnheitsrecht als Tatsache zu behandeln und zu beweisen sei:

»As is the case with all customary law, it has to be proved in the first instance by calling witnesses acquainted with the native customs until the particular customs have, by frequent proof in the courts, become so notorious that the courts will take judicial notice of them.«<sup>358</sup>

Damit wurde Gewohnheitsrecht entsprechend den Regeln des englischen Common Law als fremdes Recht betrachtet, dessen Inhalt vor Gericht bewiesen werden muss. Als einziges Beweismittel nennt das

---

<sup>355</sup> Auch sein Nachfolger als Vorsitzender der ARPS, Joseph E. Casely-Hayford, wurde in London zum Juristen ausgebildet. Er veröffentlichte eine Arbeit zu traditionellen Institutionen der Fanti: Casely-Hayford, *Gold Coast Native Institutions*, 1903.

<sup>356</sup> Vgl. Woodman, *Customary Land Law in the Ghanaian Courts*, 1996, S. 56 f. Crook betont die Bedeutung dieses »Sieges« für die Herausbildung der Indirect Rule in der Gold Coast, Crook, *85 African Affairs* (1986), 75 (88 f.).

<sup>357</sup> Zur Bedeutung der ARPS und der Beteiligung Sarbahs: Edsman, *Lawyers in Gold Coast Politics*, 1979, S. 34 ff.

<sup>358</sup> *Angu v. Attah* (1916), P.C. 1874-1928, 43 (44).

Gericht den Zeugenvortrag. Gleichzeitig kann Gewohnheitsrecht durch regelmäßige Anwendung gerichtsbekannt werden. Einige Zeilen später führt der Privy Council zur inhaltlichen Frage des konkreten Rechtsstreits aus:

»The right to tribute arises from the ownership of the chief, and it is payable either in money or in produce, and is not defined in amount, but has to be settled somehow by agreement between the parties. It appears to be analogous to the arbitrary rents or exactions which in feudal times were levied in this country by lords upon their tenants [...].«<sup>359</sup>

Das Gericht zieht eine Analogie zum Feudalrecht Englands. Diese Gleichsetzung mit englischem Recht dient zunächst dazu, das Gewohnheitsrecht zu verstehen. Die Rechtsregel wird aber in die eigene Vergangenheit des Feudalismus eingeordnet. In bester evolutionärer Manier wird auf diese Weise die Rückständigkeit des fremden Rechts betont.

Primäre Quelle für Gewohnheitsrecht waren offiziell die Aussagen von Zeugen, die mit dem jeweiligen Recht vertraut waren. Allerdings setzte sich in der Praxis schnell durch, frühzeitig auf andere Entscheidungen zu verweisen und so »judicial notice« von Gewohnheitsrecht zu nehmen: Wenn koloniale Gerichte beispielsweise als Rechtsmittelinstantz die Entscheidungen der »Native Courts« überprüfen mussten, übernahmen sie regelmäßig deren Darstellung des Gewohnheitsrechts. Dies wurde damit begründet, dass dort Personen Recht sprachen, die sich gerade durch ihre besondere Kenntnis des Gewohnheitsrechts auszeichneten. Zunehmend verwiesen die britischen Gerichte aber auch auf das eigene Fallrecht der Obergerichte. Dabei wurden die Voraussetzungen, die in *Angu v. Attah* dafür vorgegeben worden waren, wann Gewohnheitsrecht als bewiesen bzw. als dem Gericht bekannt anzusehen sei, immer weiter gefasst. Ein »regelmäßiger Nachweis« wurde nicht selten schon nach einer einzigen vorhergehenden Entscheidung angenommen.<sup>360</sup>

---

<sup>359</sup> Ebd.

<sup>360</sup> Woodman, Customary Land Law in the Ghanaian Courts, 1996, S. 40 f.

Im Jahre 1928 veröffentlichte Joseph Boakye Danquah, ein ebenfalls in England ausgebildeter Jurist, ein weiteres Textbuch zum Recht der Akan.<sup>361</sup> Als einer der Hauptprotagonisten der nationalistischen Unabhängigkeitsbewegung hatte er schon früh die Auseinandersetzungen zwischen urbaner und traditioneller Elite erlebt. Er kann aufgrund seiner Ausbildung als Mitglied der intellektuellen Elite angesehen werden, hatte aber auch familiäre Bande zur traditionellen Elite: Sein Bruder war der einflussreiche »Paramount Chief« von Akyem Abuakwa, Nana Sir Ofori Atta.<sup>362</sup> In der Einleitung seines Buches nennt er als Grund für die Wahl Akyem Abuakwas als Forschungsort:

»Akim Abuakwa stands out prominent as one of the few Akan States whose dialect has remained unadulterated [sic] and pure throughout the period of Anglo-European contact with the Gold Coast. Consequently the institutions and customs as practised in that country still retain to a very large extent their original meaning and significance. [...] For these and other obvious reasons I have chosen Akim Abuakwa as a model Akan state, the institutions and usages of which may be made a basis for the study of general Akan laws and usages.«<sup>363</sup>

Daraus, dass die Sprache der Akyem noch rein – »unadulterated and pure« – sei, folgert Danquah, der dabei implizit normativen Austausch als Kontaktregel ansieht, dass auch Bräuche und Institutionen noch authentisch sind. Dies macht die Akyem zum Modell für sämtliche Akan. Auch Danquah betont die Mängel europäischer Forschung:

»Concerning books on our customs written by European investigators, it seems sufficient to notice Captain Rattray's Ashanti, the latest and best in the field. [...] [H]is remarks on Akan land tenure, whereby he attempts to draw a comparison of resemblance between the English (Anglo-Saxon) feudal tenure and the Akan system of land control and ownership, seem

---

<sup>361</sup> Danquah, *Akan Laws and Customs*, 1928.

<sup>362</sup> Kimble, *A political History of Ghana*, 1963, S. 499. Nana Ofori Atta wurde im Jahre 1928 von der Queen zum britischen Ritter geschlagen.

<sup>363</sup> Danquah, *Akan Laws and Customs*, 1928, S. 4.

to betray an incomplete grasp of the real nature of our non-religious institutions.«<sup>364</sup>

Dabei handelt es sich erneut um einen Akt der Wider-Setzung, der in diesem Fall aber – im Gegensatz zur Gleichsetzung bei Sarbah – einen fehlerhaften Vergleich kritisiert. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass die Gleichsetzung mit europäischer Vergangenheit die Annahme afrikanischer Rückständigkeit reproduziert. Danquah grenzt sich darüber hinaus auch zur Arbeit Sarbahs mit dem Hinweis ab, er schreibe nicht wie dieser als Jurist, sondern als Akan, weshalb das Buch »by one from within«<sup>365</sup> veröffentlicht werde.

Die Frage, wer bestimmt, was als Gewohnheitsrecht vor Gericht gilt, war also schon zu Kolonialzeiten umstritten. Dabei gab es keine klare Konfliktlinie zwischen Kolonisierenden und Kolonisierten, sondern ein Netzwerk aus wechselnder Kooperation, aus dem aber weite Teile der Bevölkerung ausgeschlossen waren. In der Auseinandersetzung um Inhalt und Autorität waren die Aspekte des (Miss-) Verstehens – und hierbei insbesondere die Vergleichbarkeit englischen Rechts und ghanaischen Gewohnheitsrechts – wie auch die sprachliche Bezeichnung von großer Bedeutung.

### 3.2.4 Der Weg in die Unabhängigkeit

Insbesondere auf dem Gebiet der Kronkolonie hatte sich in der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen innerhalb der urbanen Elite eine nationalistische Bewegung gebildet, die immer mehr Einfluss gewann. Die einheimische Bevölkerung – beziehungsweise die urbane und traditionelle Elite – wurde zunehmend in die Verwaltung einbezogen.<sup>366</sup> Zwischen beiden Gruppen kam es nicht zuletzt durch die Einbindung der traditionellen Autoritäten im Rahmen der indirekten Herrschaft zu Spannungen: Die intellektuelle Elite der Küstenstädte sah sich – in

---

<sup>364</sup> Danquah, *Akan Laws and Customs*, 1928, S. 5f.

<sup>365</sup> Danquah, *Akan Laws and Customs*, 1928, S. 5.

<sup>366</sup> Diese Einbeziehungspolitik war eher pragmatischen Zwängen geschuldet als einem frühzeitigen Willen der britischen Administration zur Dekolonisierung entsprungen, vgl. Cooper, *Africa since 1940*, 2002, S. 49 ff.; Crook, *85 African Affairs* (1986), 75 (78 ff.)

ihrem Selbstverständnis als moderne Führungsschicht der Kolonie – durch die britische Politik hintergangen.<sup>367</sup> Dieses Selbstverständnis wurde durch den Siegeszug des Modernisierungs- und Entwicklungsdenkens in den 40er und 50er Jahren noch verstärkt.<sup>368</sup> Modernisierung löste die zuvor zur Rechtfertigung des Kolonialismus herangezogene Zivilisierungsmission ab. Dadurch veränderte das Entwicklungsparadigma als neues Schlagwort nicht nur die Legitimation der Kolonisierung maßgeblich. Es beeinflusste gleichermaßen das Vokabular und die Zielvorstellungen der einheimischen Eliten.

Trotz der zunehmenden Einbindung Einheimischer in die höheren Ämter der Kolonialadministration verstärkten sich nach dem 2. Weltkrieg Bestrebungen nach langfristiger Unabhängigkeit. 65.000 ghanaische Soldaten hatten auf britischer Seite im 2. Weltkrieg im Namen von »Freiheit und Demokratie« gekämpft.<sup>369</sup> Dieses Versprechen wurde nun auch für die Heimat eingefordert. Viele Posten in der Verwaltung waren jedoch nach wie vor für Personal aus Großbritannien reserviert. 1946 trat in der Goldküste eine neue Verfassung in Kraft, die nach dem damaligen Gouverneur benannte »Burns-Constitution«. Sie legte erstmals in einer britischen Kolonie in Afrika eine einheimische Majorität innerhalb eines gesetzgebenden Rates fest. Allerdings lag die eigentliche Entscheidungsgewalt nach wie vor beim britischen Gouverneur. Außerdem kamen die Vertreter in diesem Rat überwiegend aus den Reihen der »Chiefs«.<sup>370</sup> Deren Beteiligung war für die bürgerliche Elite unbefriedigend. So wurde im Jahre 1947 die »United Gold Coast Convention« (UGCC), als nationalistisches Sammelbecken all derer gegründet, die eine vollständige Unabhängigkeit forderten.<sup>371</sup> Einen allgemeinen Stimmungsumschwung brachten schließlich die »Accra-Riots« im Jahre 1948. Eine Demonstration ghanaischer Militärveteranen endete mit dem Tod mehrerer Demonstranten durch

---

<sup>367</sup> Rathbone weist zutreffend darauf hin, dass jenseits dieser Polarisierung beide Eliten – nicht zuletzt auch verwandtschaftlich – miteinander verwoben waren, vgl. Rathbone, Nkrumah and the Chiefs, 2000, S. 14 (Fn. 5).

<sup>368</sup> Cooper/Packard, Introduction, in: Dies. (Hrsg.), International Development and the Social Sciences, 1997, S. 7 f.

<sup>369</sup> Gocking, The History of Ghana, 2005, S. 75.

<sup>370</sup> Zu dieser Verfassung, die zunächst nur für die Kolonie und die Ashanti-Region galt: Bennion, The Constitutional Law of Ghana, 1962, S. 37 ff.

<sup>371</sup> Austin, Politics in Ghana, 1970, S. 52.

Polizeikugeln. Dies führte in den folgenden Tagen zu Ausschreitungen in Accra und verschiedenen anderen Städten, bei denen insgesamt 29 Menschen starben. Zwar wurden die Anführer der UGCC zunächst verhaftet, obwohl sie mit den Unruhen nicht in direkter Verbindung standen.<sup>372</sup> Die Kolonialverwaltung zeigte sich jedoch dialogbereit und setzte ein Komitee ein, das ausschließlich mit Einheimischen besetzt war und die Verfassung überarbeiten sollte.<sup>373</sup> Forderungen nach baldiger Unabhängigkeit des Landes waren dennoch so populär wie nie zuvor. Im Gefolge dieser Unruhen wurde der spätere erste Präsident Ghanas, Kwame Nkrumah, landesweit bekannt. Im Jahre 1949 trat er aus der UGCC aus und gründete eine eigene Partei, die »Convention People's Party« (CPP). Mit ihrem Hauptprogrammpunkt »Self-government now!« agierte sie ungleich radikaler und drohte, ihre Ziele durch landesweite Streiks und zivilen Widerstand nach indischem Vorbild durchzusetzen. Die Kolonialregierung erklärte den Ausnahmezustand, ließ Nkrumah verhaften und verurteilte ihn zu drei Jahren Gefängnis. Die CPP war aber nicht nur radikaler in ihrer Forderung nach Unabhängigkeit. Auch in ihrer Ablehnung traditioneller Herrschaftsformen ging sie deutlich weiter als die UGCC. Einerseits setzte sie sich größtenteils aus Mitgliedern zusammen, die keinerlei Verbindung zu königlichen oder adeligen Familien hatten.<sup>374</sup> Andererseits war sie seit ihrer Gründung inspiriert von marxistisch-leninistischen Ideen, die sich schwerlich mit der aristokratischen Vorstellung einer traditionellen Elite vereinbaren ließen.<sup>375</sup> Diese Ablehnung ließ die konkurrierenden

---

<sup>372</sup> Zum sozio-ökonomischen Hintergrund der Unruhen: Crook, 85 *African Affairs* (1986), 75 (95 ff.).

<sup>373</sup> Osei, Ghana, 1999, S. 43 f. weist darauf hin, dass der Ausschluss Nkrumahs, der Schlüsselfigur im Unabhängigkeitskampf, aus dieser Kommission erheblich zu dessen Popularisierung beitrug. Die Kommission war mit Vertretern der UGCC, wichtigen traditionellen Autoritäten und weiteren Mitgliedern der modernen Elite besetzt – also gerade nicht mit denjenigen, deren Zorn sich bei den Unruhen entladen hatte.

<sup>374</sup> Nkrumahs Gefolgschaft wurde regelmäßig als »Veranda Boys« oder auch nur als »Youth« bezeichnet, vgl. Rathbone, Nkrumah & the Chiefs, 2000, S. 24. Dieser abfällige Verweis auf die Jugend galt weniger dem biologischen Alter als dem sozialen Status der Anhängerschaft. Als Jugend wurden dabei all diejenigen bezeichnet, die nicht den mächtigen Familien entstammten. Gefolgsleute der CPP innerhalb der traditionellen Elite waren zumindest in ihrer Anfangszeit die Ausnahme.

<sup>375</sup> Rathbone, Nkrumah & the Chiefs, 2000, S. 21 f.



Kräfte der konservativ-nationalistischen UGCC und der traditionellen Elite enger miteinander kooperieren.

Im Jahre 1951 fanden die ersten Wahlen gemäß den Regeln der unmittelbar zuvor in Kraft gesetzten neuen Verfassung statt. Diese sah eine fast vollständig aus gewählten Mitgliedern bestehende gesetzgebende Versammlung für das gesamte Territorium vor.<sup>376</sup> Die CPP errang einen deutlichen Sieg. Nkrumah, der zu dieser Zeit noch inhaftiert war, erhielt selbst ein Mandat und wurde nach seiner Freilassung Premierminister der »selbstverwalteten«<sup>377</sup> Kolonie. Dieser Sieg wiederholte sich bei den folgenden Wahlen in den Jahren 1954 und 1956. Der Zeitraum zwischen diesen beiden Wahlen war jedoch eine Phase der Instabilität. Immer wieder kam es zu gewaltsamen Auseinandersetzungen der politischen Lager. Gegen Ende des Jahres 1954 hatte sich das »National Liberation Movement« (NLM) gebildet, in dem sich erstmals oppositionelle Kräfte aus Teilen der konservativen intellektuellen Elite mit traditionellen Autoritäten insbesondere der Asante auch institutionell vereinigten.<sup>378</sup> Das NLM verband den Wunsch nach Verschiebung der Unabhängigkeit mit der Forderung nach einer stärkeren Unabhängigkeit der Ashanti-Region und schreckte nicht vor gewaltsamem Handeln zurück, um seinen Forderungen Nachdruck zu verleihen. Insbesondere die Wahlen des Jahres 1956 waren daher richtungsweisend, da sich mit ihnen nicht nur der Zeitplan zur Unabhängigkeit, sondern auch die Frage nach der Einheit der Kolonie entschied. Der abermalige Sieg der CPP bedeutete, dass dies die letzte Wahl vor Erlangung der Unabhängigkeit gewesen sein sollte. Mit Ausnahme der auswärtigen Politik sowie der Führung von Polizei und Militär regierte sich die Kolonie inzwischen tatsächlich weitgehend selbst. Unmittelbar nach der Wahl verabschiedete der gesetzgebende Rat eine Resolution, die von der britischen Regierung verlangte, der Kolonie den Status eines »Dominions« zu verleihen, diese also in die

---

<sup>376</sup> Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 41 f.

<sup>377</sup> Auch nach der Verfassung von 1951 lag das Letztentscheidungsrecht noch beim britischen Gouverneur. Erst mit der Wahl im Jahre 1954 wurde der gewählten Regierung nach innen tatsächlich eine weitreichende Autonomie gewährt. Eine eigenständige Außenpolitik wurde jedoch nach wie vor nicht eingeräumt.

<sup>378</sup> Das NLM wurde von reichen Kakaobauern gegründet, die mit den Festpreisen der Regierung für Kakao unzufrieden waren. Zur Zusammensetzung und Entwicklung: Austin, *Politics in Ghana*, 1970, S. 253 ff.

Unabhängigkeit zu entlassen.<sup>379</sup> Kurz vor dieser Wahl hatte sich auch die Bevölkerung Britisch-Togolands in einem Referendum für die Zugehörigkeit zu einem neu zu bildenden Staat Ghana entschieden.<sup>380</sup> Gemeinsam mit der britischen Regierung arbeitete die Kolonialregierung unter Nkrumah eine Unabhängigkeitsverfassung aus. Diese wurde – wie auch der »Independence Act« – allerdings einseitig durch die britische Regierung erlassen. Am 6. März 1957 endete die Kolonialgeschichte der Goldküste formal mit der Unabhängigkeit Ghanas. Ghana war zu dieser Zeit der »Rising Star« Afrikas und ein Vorbild für andere nach Selbstbestimmung und Unabhängigkeit strebende Kolonien.

### 3.2.5 Die Ära Nkrumah

Nicht zuletzt die Namensgebung, die auf das geographisch nicht mit dem neuen Staat identische, historische Königreich Ghana verwies, verdeutlichte den Wunsch und das Bestreben, an »eigene«, nicht durch den Kolonialismus geprägte Traditionen anzuschließen. Bei oberflächlicher Betrachtung startete Ghana mit verheißungsvollen Ausgangsbedingungen in die Unabhängigkeit: Das Land verfügte über Bodenschätze – insbesondere Gold – und einen mit dem Kakaoanbau devisenträchtigen, exportorientierten Zweig der Landwirtschaft. Allerdings war die Struktur der ghanaischen Wirtschaft kolonial geprägt und auf die Ausfuhr unverarbeiteter Güter orientiert. Dies wollte Nkrumah, der im Parlament mit seiner CPP über eine deutliche Mehrheit verfügte, durch eine radikale Modernisierungspolitik ändern. Bis 1960 betrieb der erklärte Sozialist Nkrumah eine liberale Wirtschaftspolitik und gewährte ausländischen Investoren Steuernachlässe, um das erforderliche Kapital für seine ehrgeizigen Industrialisierungspläne anzuziehen.

Der ghanaische Staat hatte englisches Recht und koloniale Gesetzgebung – also Recht, das speziell für die Kronkolonie erlassen worden war – »geerbt«. Sogar die erste Unabhängigkeitsverfassung aus dem Jahre 1957 war noch von der britischen Kolonialverwaltung beschlossen worden. Als wichtige Neuerung im Vergleich zu ihren Vorgänge-

---

<sup>379</sup> Petchenkine, *Ghana in Search of Stability*, 1993, S. 7.

<sup>380</sup> Austin, *Politics in Ghana*, 1970, S. 310.

rinnen sah sie die Einführung von halb-staatlichen Institutionen zur Selbstverwaltung der »Chiefs« – den »Houses of Chiefs« – in den damaligen Regionen vor.<sup>381</sup> Diese sollten die Regierung beraten, hatten aber auch die Aufgabe, eine schriftliche Fassung der jeweiligen Gewohnheitsrechte zu erarbeiten. Nkrumah wollte das ghanaische Rechtssystem so rasch wie möglich »afrikanisieren«. Innenpolitisch regierte er dabei mit zunehmender Härte. Die Opposition hatte sich im Jahr der Unabhängigkeit als »United Party« (UP) vereinigt. Deren wachsender Einfluss führte zum wohl berühmtesten Beispiel für die politische Unterdrückung in dieser Zeit, dem Erlass des »Preventive Detention Acts« im Jahre 1958. Dieser ermöglichte es der Regierung, Personen ohne gerichtliches Verfahren zu inhaftieren, wenn diese des Verrats oder staatsfeindlicher Aktivitäten verdächtig waren.<sup>382</sup> Dies diente hauptsächlich dazu, die Schlüsselfiguren der Opposition zu verhaften oder ins Exil zu verdrängen. Im selben Jahr hatte die Regierung im »Industrial Relation Act« ein Streikverbot erlassen.

Auch gegenüber den »Chiefs« versuchten Nkrumah und die CPP, ihren Führungsanspruch durchzusetzen. Mit dem »Local Courts Act« wurden im Jahre 1958 die im Kolonialismus eingerichteten Native Courts aufgelöst bzw. in lokale staatliche Gerichte umgewandelt, um so ein einheitliches Gerichtssystem aufzubauen.<sup>383</sup> Die Vereinheitlichung des bis dato dualistischen Rechtssystems führte zumindest offiziell zu einer »Verstaatlichung« von Rechtsprechung und stellte eine für die Ära Nkrumah typische Beschneidung der Macht traditioneller Autoritäten dar.<sup>384</sup> Bereits zu Kolonialzeiten war es zu zahlreichen Beschwerden über die mangelnde Fairness der Verfahren und über die willkürlichen Entscheidungen der traditionellen Autoritäten gekommen. Allerdings stellte der Local Courts Act nicht, wie noch während der Kolonialzeit diskutiert, die große Reform unterinstanzlicher Rechtsprechung dar. Entscheidend war vielmehr der Umstand, dass die CPP schon vor der Unabhängigkeit zahlreiche »Chiefs« – vor allem solche, die ihr nicht gewogen waren – aus dieser für ihren Machterhalt

---

<sup>381</sup> Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 66.

<sup>382</sup> Petchenkine, *Ghana in Search of Stability*, 1993, S. 10.

<sup>383</sup> Harvey, *Law and Social Change in Ghana*, 1966, S. 222 ff.

<sup>384</sup> Rathbone, Nkrumah & the Chiefs, 2000, S. 57 f.

wichtigen Institution verdrängte hatte, indem sie im Wege exekutiver Verordnungen eine schleichende Neubesetzung der Native Courts betrieb. Die Regierung Nkrumah griff aber auch massiv in die personelle Besetzung von Paramount Chieftaincies ein. Diese Maßnahmen stützten sich auf Kompetenzen aus der Kolonialzeit, in der sie aber niemals in einem vergleichbaren Maße zur Anwendung kamen, und wurde im Jahre 1959 mit Erlass der Chiefs (Recognition) Bill formalisiert.

Die Mehrheit der traditionellen Elite stand in Opposition zur CPP und wurde daher von dieser bekämpft. Hinter dieser Politik, die oftmals in eine Modernisierungsrhetorik gekleidet wurde, ist in erster Linie ein machtpolitischer Kampf zu sehen. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die CPP diejenigen »Chiefs«, die sie (bzw. Nkrumah) unterstützten, zwar für ihre Zwecke instrumentalisierte, hierbei aber auch anerkannte.<sup>385</sup> Auch im Rahmen seiner Selbstinszenierung griff der »Modernisierer« Nkrumah bewusst auf traditionelle Elemente zurück. Er ließ sich beispielsweise mit dem traditionellen Ehrentitel »sagyefo« anreden.<sup>386</sup> Auch offiziellen Auftritte stattete er zusehends mit traditioneller Symbolik aus.<sup>387</sup> Gleichzeitig verfolgte Nkrumah eine dezidierte Politik der Nationalisierung und De-Ethnisierung. So wurde etwa verboten, politische Parteien aufgrund von »ethnischer« Zugehörigkeit zu gründen. Nicht zuletzt durch die Einführung eines einheitlichen Gerichtssystems wuchs der Bedarf an juristisch geschultem Personal. Dies war einer der Gründe für die Einrichtung der »Ghana Law School« Ende des Jahres 1958. Hierdurch sollte eine vereinfachte, nicht-universitäre Ausbildung juristischen Personals gewährleistet werden. Damit wurden erstmals auch denjenigen berufliche Perspek-

---

<sup>385</sup> Diese Ambivalenz der Politik gegenüber den traditionellen Autoritäten kennzeichnet am besten ein Zitat Nkrumahs aus dem Jahre 1950: »Those of our chiefs who are with us [...] we do honour [...] those [...] who join forces with the imperialists [...] there shall come a time when they will run away fast and leave their sandals behind them ...!«, zitiert nach Rathbone, Nkrumah & the Chiefs, 2000, S. 22. Der Verlust bzw. die Wegnahme der Sandalen symbolisierte die Absetzung eines »Chiefs«.

<sup>386</sup> Das Wort kann mit »Erlöser« oder »Held« übersetzt werden, ist zugleich aber auch ein traditioneller Titel der Akan und bedeutet soviel wie »derjenige, der in der Schlacht rettet«, vgl. Dickson, Religion and Society, in: Arhin (Hrsg.), The Life and Work of Kwame Nkrumah, S. 146.

<sup>387</sup> Vgl. Hagan, Nkrumah's Cultural Policy, in: Arhin (Hrsg.), The Life and Work of Kwame Nkrumah, 1991, S. 9 ff.

tiven eröffnet, die sich das teure Jurastudium in Europa oder den U.S.A. nicht leisten konnten. Außerdem sollte auf diese Weise auch ein politischer Einfluss auf die ghanaische Anwaltschaft ausgeübt werden, die sich bis dato hauptsächlich aus Mitgliedern der konservativen Opposition zusammensetzte.<sup>388</sup> Die juristische Fakultät an der »University of Ghana« wurde erst im folgenden Jahr gegründet.

Am 1. Juli 1960 trat eine durch Referendum bestätigte – und damit erstmals tatsächlich »eigene« – republikanische Verfassung in Kraft. Sie stattete Nkrumah als Präsidenten mit nahezu unbegrenzter Machtfülle aus. Die Verfassung führte auch die Einbindung von Gewohnheitsrecht fort, sprach nunmehr jedoch nur von »customary law«, ohne dies näher zu definieren.<sup>389</sup> Mit Art. 42 Abs. 4 der Verfassung wurde die formelle Bindung an die britische Rechtsprechung aus Kolonialzeiten endgültig gelöst, indem festgelegt wurde, das weder Supreme noch High Court an vorherige Entscheidungen in Rechtsfragen gebunden waren.<sup>390</sup> Der Wortlaut der Verfassung war knapp gehalten und sah keinen detaillierten Grundrechtskatalog vor. Bei Amtsantritt hatte der Präsident gemäß Art. 13 lediglich eine Erklärung hinsichtlich der »fundamental principles« der Regierungsführung abzugeben. Diese Prinzipien verboten unter anderem jede Form von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der Zugehörigkeit zu einer Rasse oder einem Stamm (»no person should suffer discrimination on the grounds of [...] race, tribe, [...]«). Die Repugnancy-Klausel wurde nicht übernommen.<sup>391</sup> Eine nähere Beschreibung der Anwendung von Gewohnheitsrecht und Vorschriften dazu, wie die Feststellung von Gewohnheitsrecht verfahren werden sollte, lieferte der im selben Jahr erlassenen »Courts Act«. Hierbei wurde in Abkehr von der nach wie

---

<sup>388</sup> Die Gründung der Law School ging maßgeblich auf Geoffrey Bing zurück, einem britischen Anwalt, der als Attorney General und Berater Nkrumahs zu Beginn der Republik einen erheblichen Einfluss auf dessen Politik ausübte, vgl. Harvey, *Law and Social Change in Ghana*, 1966, S. 178 f.

<sup>389</sup> Vgl. Sec. 40 (f) der Verfassung von 1960, abgedruckt bei Gyandoh/Griffiths, *A Sourcebook of the Constitutional Law of Ghana*, Vol. I (Part 1), 1972, S. 169.

<sup>390</sup> In der Rechtsprechungspraxis wurde eine solche Bindung teilweise weiterhin angenommen, bis diese in *Eku alias Condua III v. Acquaaah* [1968] GLR 412 ff. endgültig abgelehnt wurde.

<sup>391</sup> In einem früheren Entwurf war die Klausel noch vorgesehen, ebenso wie eine Klausel, nach der »Common Law and Equity« nicht gegen einheimische Rechte verstoßen durften, vgl. Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 404.

vor geltenden Regel aus *Angu v. Atta* zunächst festgelegt, dass die Frage nach dem Inhalt von Gewohnheitsrecht eine Rechtsfrage darstellt.<sup>392</sup> Gewohnheitsrecht war nunmehr also offiziell nicht mehr »fremdes« Recht. Sec. 67 des Courts Act von 1961 sah vor, dass die Gerichte sich nach dem Vortrag der Parteien sowie nach vorhandenem Fallrecht und Textbüchern oder anderen angemessenen Quellen richten sollten. Falls es Zweifel hinsichtlich des Inhalts einer gewohnheitsrechtlichen Norm gab, konnte eine mündliche Untersuchung durchgeführt oder eine schriftliche Auskunft durch ein »House of Chiefs« auf lokaler oder regionaler Ebene eingeholt werden. Das Gesetz privilegierte zu einem gewissen Grad schriftliche Quellen, war aber zugleich offen für alternative Erhebungsmethoden. Im selben Jahr wurde der »Chieftaincy Act« (Act 81) erlassen. Dieser garantierte zwar die Institution der Chieftaincy. Eine völlige Verdrängung wäre aufgrund der Verwurzelung von traditioneller Herrschaft in der ghanaischen Gesellschaft auch nicht möglich gewesen. Zugleich beschnitt das Gesetz aber weiter die Macht der »Chiefs«. So legte dessen Sec. 1 (1) fest, dass als »Chief« nur solche Personen anzusehen seien, die durch den zuständigen Minister anerkannt worden waren.<sup>393</sup> Anders sah die gesetzliche Behandlung traditioneller Autoritäten allerdings auf dem Gebiet des Gewohnheitsrechts aus. Hier enthielt der Chieftaincy Act in den Sec. 58 - 63 vergleichsweise detaillierte Regeln, die diesen die Kompetenz zusprach, Gewohnheitsrecht zusammenzutragen, es zu verschriftlichen und hierbei gegebenenfalls auch Änderungen vorzunehmen.<sup>394</sup> Auch in diesem Bereich behielt sich die Regierung aber übergeordnete Kontrollbefugnisse vor. Diese Regelungen sahen schließlich in Sec. 62 ein Verfahren vor, in dem Gewohnheitsrecht unter staatlicher Ägide an das Common Law »assimiliert« und so in dieses integriert werden konnte. Von diesen Vorschriften wurde jedoch kein Gebrauch gemacht.

---

<sup>392</sup> Vgl. Sec 67 (1) des Courts Act (1961): »Any question as to the existence or content of a rule of customary law is a question of law for the Court and not a question of fact.«; zitiert nach Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 502.

<sup>393</sup> Harvey, *Law and Social Change in Ghana*, 1966 S. 86 f.

<sup>394</sup> Abgedruckt bei Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 502 ff.

In die 60er Jahr fällt auch die Hauptschaffenszeit von Nii Amaa Ollennu. Er war Richter am High Court und später am Supreme Court in Accra und veröffentlichte verschiedene Werke zum Gewohnheitsrecht.<sup>395</sup> Wie bereits Sarbah und Danquah hatte Ollennu in England Jura studiert. In seinen Arbeiten stützte er sich hauptsächlich auf Entscheidungen der höheren Gerichte Ghanas bzw. der Gold Coast. Er wertete die Rechtsprechung kolonialer Gerichte insgesamt positiv, betrachtete die Rechtsprechung ghanaischer Gerichte als deren kontinuierliche Fortsetzung und griff gleichermaßen auf Entscheidungen der späten Kolonialzeit, insbesondere des West African Court of Appeals, wie auf solche Entscheidungen zurück, die nach Erlangen der Unabhängigkeit erfolgten.

»It is correct to say that, in the process of marrying the two system, the principles of the English law, the English rules of practice and procedure and rule of evidence have been effectively employed by lawyers trained in the traditions of the English Bar to excavate and crystallize the principles of the customary law. By that means the customary law has come to be understood and appreciated as a sound, respectable system of law not inconsistent with the English law.«<sup>396</sup>

Gewohnheitsrecht ist also kein primitives Recht, sondern »respectable«, dies aber nicht zuletzt deshalb, weil es nicht gegen englisches Recht verstoße. Auch Ollennu betonte jedoch, dass die Übertragung einzelner Konzepte des Common Law auf Gewohnheitsrecht falsch sei, da sich beide Rechtssysteme voneinander unterscheiden. So kritisiert er beispielsweise hinsichtlich der Beschreibung individueller Eigentumspositionen:

»The word ›usufruct‹ does not appear to be a correct legal term for this sort of estate in lands because (quite apart from irrelevant Roman Law connotations) it suggests rights and attributes less than really are the case.«<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> Ollennu, *Principles of Customary Land Law in Ghana*, 1962; ders., *The Law of Testate and Intestate Succession in Ghana*, 1966.

<sup>396</sup> Ollennu, 5 *Journal of African Law* (1961), 21 (26).

<sup>397</sup> Ollennu, *Principles of Customary Land Law in Ghana*, 1962, S. 9 f. In einer weiteren Veröffentlichung zum Landrecht aus dieser Zeit wird die Verwendung des Terminus ebenfalls problematisiert, vgl. Bentsi-Enchill, *Ghana Land Law*, 1964,

Neben dem Moment des fehlerhaften Vergleichs, der auch in der Erwähnung römischen Rechts mitschwingt, geht es also insbesondere um die richtige Bezeichnung gewohnheitsrechtlicher Rechtsinstitute und damit nach wie vor um ihre Übersetzung in das Vokabular englischen Rechts.

Wirtschaftspolitisch vollzog das Land in der Folgezeit eine Wende zum Sozialismus. Verschiedene Bergbaugesellschaften wurden verstaatlicht und ausländische Firmen staatlicher Kontrolle unterworfen. Die vorherige liberale Wirtschaftspolitik hatte nicht die erhofften Erfolge erzielt. Gleichzeitig fielen die Kakaopreise auf ein Viertel des vorherigen Preises, wodurch sich die wirtschaftliche Situation Ghanas, das auf die Einnahmen aus dem Export angewiesen war, zusehends verschlechterte. Am 4. Februar 1965 starb der angesehene Danquah – Nkrumahs ehemaliger Gefährte im Ringen um Ghanas Unabhängigkeit und späterer Hauptwidersacher – als prominentestes Opfer des Preventive Detention Act in Polizeihaft.<sup>398</sup> Nkrumahs Popularität befand sich auf einem Tiefpunkt. Die Unzufriedenheit erstreckte sich auch auf das Militär: Vom britischen Korpsgeist geprägt sah es in der von Nkrumah aufgebauten Präsidentengarde einen internen Konkurrenten. Während eines Besuches Nkrumahs im vietnamesischen Hanoi verübten Polizei- und Armeeoffiziere am 23. und 24. Februar 1966 einen Putsch und übernahmen die Macht. Nkrumah fand im benachbarten Guinea Exil, wo er zum »Mit-Präsidenten ehrenhalber« ernannt wurde. Am 27. April 1972 verstarb er in Bukarest im Alter von 62 Jahren, ohne in sein Heimatland zurückgekehrt zu sein.

---

S. 230 f. Die Kritik richtet sich hier nicht generell gegen die Verwendung des Begriffs, sonder plädiert für eine Beschränkung auf Nutzungsrechte an Gemeinschaftseigentum. Dies ist im Zusammenhang mit der einleitenden Erklärung zu verstehen, dass die Untersuchung zur Vereinheitlichung des geltenden Rechts beitragen solle, ebd. S. X.

<sup>398</sup> Gocking, *The History of Ghana*, 2005, S. 136 f. Danquah war zuvor als Anwalt an der juristischen Auseinandersetzung über die Rechtmäßigkeit des Gesetzes beteiligt gewesen. In der Entscheidung *Re Akoto* [1961] 2 GLR, S. 523 ff. stellte der Supreme Court jedoch fest, dass die Verfassung von 1960 keine rechtlich verbindlichen und damit justiziablen Grundrechte enthalte. Zur Begründung wurde hierbei u.a. die Souveränität des Parlaments nach britischer Tradition angeführt.



### 3.2.6 Die Zeit der Militärs

Die republikanische Verfassung von 1960 wurde aufgehoben, das Parlament aufgelöst und die CPP wie auch jegliche andere parteipolitische Tätigkeit verboten.<sup>399</sup> Auch der Supreme Court wurde durch den »Courts Decree« von 1966 (NLCD 84) aufgelöst. Unter der Führung des General-Leutnants Joseph Arthur Ankrah übernahmen die Putschisten als »National Liberation Council« (NLC) die Regierungsgewalt, versprachen aber gleichzeitig, diese spätestens bis zum 1. Oktober 1969 wieder an eine zivile Regierung abzugeben. Bereits im November 1966 richtete der NLC einen siebzehnköpfigen Ausschuss zur Ausarbeitung einer neuen Verfassung ein und gab hierbei unter anderem vor, dass individuelle Grundrechte wie das der Meinungs- oder Versammlungsfreiheit ausdrücklich durch die Verfassung zu schützen seien.<sup>400</sup> Eine unmittelbare Rückkehr zur Demokratie erfolgte jedoch nicht. Das Regime hatte einen enormen Schuldenberg geerbt und bemühte sich nun, diesen mit einer strikten Sparpolitik zu reduzieren. Wirtschafts- und außenpolitisch vollzog der NLC eine Kehrtwende nach Westen, als deren Folge der Internationale Währungsfonds einen weitreichenden Einfluss auf die nationale Wirtschaftspolitik erhielt. Der ghanaische Markt wurde zugunsten großer ausländischer Firmen geöffnet; zahlreiche Staatsbetriebe privatisiert. Gleichzeitig förderten Gesetze eine »Ghanaisierung« von Klein- und Mittelbetrieben.<sup>401</sup> Obwohl die Steuern auf Grundnahrungsmittel gesenkt wurden, war diese Wirtschaftspolitik in weiten Teilen der Bevölkerung unpopulär. Die Arbeitslosigkeit stieg durch die Entlassungen im öffentlichen Sektor und in den privatisierten Betrieben, Lohnerhöhungen wurden auf 5 % begrenzt und der Cedi abgewertet. Dadurch verteuerten sich Import-

---

<sup>399</sup> »Grundgesetz« des NLC war die später mehrfach ergänzte »Proclamation for the Constitution of a National Liberation Council for the Administration of Ghana and for other matters connected therewith« vom 24.02.1966, abgedruckt in Gyandoh/Griffiths, *A Sourcebook of the Constitutional Law of Ghana*, Vol. I (Part 1), 1972, S. 172 f. Der NLC regierte fortan über den Erlass verschiedener Verordnungen.

<sup>400</sup> Traeder, Ghana unter dem National Liberation Council, in: Ansprenger/Traeder/Tetzlaff (Hrsg.), *Die politische Entwicklung Ghanas*, 1972, S. 103 f.

<sup>401</sup> Zur Wirtschaftspolitik des NLC: Petchenkine, *Ghana in Search of Stability*, 1993, S. 37 f.

güter erheblich. Es kam zu Streiks in den Goldminen und bei den Eisenbahn- und Hafenarbeitern. 1967 versuchte eine Gruppe junger Offiziere erfolglos, sich an die Macht zu putschen.

Auch im Verhältnis zu den traditionellen Autoritäten versuchte der NLC, Nkrumahs Politik rückgängig zu machen. Die von der CPP neu eingesetzten »Chiefs« verloren ihre Position ebenso wie die zu »Paramount Chiefs« beförderten.<sup>402</sup> Indem er diese personellen Änderungen ipso iure für wirksam erklärte und damit die erforderlichen Zeremonien ignorierte, widersprach dieser Reformversuch seinerseits gewohnheitsrechtlichen Vorgaben, die für Er- und Enthebungen bestimmte Prozeduren und Zeremonien verlangten. Letztlich stellte dies lediglich einen neuerlichen Eingriff in die anhaltenden, teilweise gewalttätigen Nachfolgestreitigkeiten ein. Diese Streitigkeiten hatten ihre Ursprünge oft in der Kolonialzeit und dauerten bis weit in die Unabhängigkeit an. So kam es beispielsweise im nordghanaischen Yendi unmittelbar nach den Wahlen zu blutigen Zusammenstößen zwischen der Polizei und Anhängern eines Kandidaten.<sup>403</sup> Gleichzeitig bemühte sich der NLC gegenüber den traditionellen Autoritäten um eine deutlich freundlichere Politik. So gewährte die Militärregierung ihnen beispielsweise das Recht, eigenständig lokale Steuern zu erheben.<sup>404</sup>

Im April 1969 wurde Generalleutnant Ankrah wegen seiner Verwicklung in einen Korruptionsskandal abgesetzt. Sein Nachfolger wurde Brigadier Akwasi Afrifa, der unmittelbar nach seiner Amtseinsetzung das Verbot parteipolitischer Betätigung aufhob und den Termin für freie Wahlen auf den 29. August 1969 festsetzte. Funktionäre der CPP, die zum Zeitpunkt des Militärcoups im Jahre 1966 politische Ämter bekleideten, durften allerdings keine aktive Parteipolitik betreiben. Aus diesen Wahlen ging die zivile Regierung der

---

<sup>402</sup> Traeder, Ghana unter dem National Liberation Council, in: Ansprenger/Traeder/Tetzlaff (Hrsg.), Die politische Entwicklung Ghanas, 1972, S. 91 schreibt, dass hiervon 194 »Paramount Chiefs« und 133 einfache »Chiefs« betroffen waren.

<sup>403</sup> Die Regierung Nkrumah hatte in diesem Konflikt eine verhältnismäßig ausgewogene Politik betrieben, die beide Fraktionen zu einem Kompromiss bewegen sollte. Erst durch die Politik des NLC sowie die eindeutige Parteieregreifung im Rahmen des folgenden Wahlkampfes kam es zu einem neuerlichen Aufflammen des Konflikts, vgl. Ladouceur, 6 Canadian Journal of African Studies (1972), 97 (106 ff.).

<sup>404</sup> Petchenkine, Ghana in Search of Stability, 1993, S. 41.

»Progress Party« (PP) unter der Führung von Dr. Kofi Abrefa Busia hervor.<sup>405</sup> Wenige Tage zuvor war eine neue Verfassung in Kraft getreten, die durch eine Nationalversammlung verabschiedet worden war und die Regierungsführung durch einen Premierminister nach dem Westminster-Modell vorsah. An anderer Stelle brach diese Verfassung allerdings mit britischen Traditionen: Sie sah erstmals einen detaillierten Grundrechtskatalog vor. Dessen Einhaltung sollte der wieder eingerichtete Supreme Court als höchstes Appellationsgericht gewährleisten. Busia, der im Unabhängigkeitsjahr 1957 Führer der oppositionellen UP gewesen war, hatte von 1959 bis 1966 im Exil in Großbritannien gelebt. Wirtschaftlich setzte er den nationalistischen und wirtschaftsliberalen Kurs des Militärregimes fort. Dieser Wirtschaftspolitik wurde verbreitet vorgeworfen, dass zu einer deutlichen Verschlechterung der Lebensbedingungen breiter Schichten führe. Sinkende Einnahmen aus dem Kakao-Export und steigender Schuldendienst erzwangen rigide Sparmaßnahmen, unter denen auch das Militär litt, dessen Budget drastisch gesenkt wurde. Im Verhältnis zu den traditionellen Autoritäten setzte die neue Regierung den freundlichen Kurs des NLC fort. Dies spiegelte sich nicht zuletzt in der Präambel der Verfassung wider. In ihr wurde der übliche Hinweis auf das Volk als verfassungsgebende Macht durch »We, the Chiefs and the People of Ghana« ergänzt und damit die identitätsstiftende Bedeutung traditioneller Autoritäten betont.<sup>406</sup> Die Einflussnahme von staatlicher Seite wurde in den Art. 154 und 155 der Verfassung darauf beschränkt, dass die Regierung nur das Verhältnis traditioneller Autoritäten zum Staat regeln durfte. Im Jahre 1971 wurde der Chieftaincy Act (Act 370) erlassen, der das Verhältnis zwischen Staat und »Chiefs« für die folgenden drei Jahrzehnten bestimmen sollte. Das Gesetz sah insbesondere die Schaffung eines »National House of Chiefs« zusätzlich zu den auf lokaler und regionaler Ebene bereits existierenden semi-staatlichen Gremien der »Chiefs« vor. Auch dieses Haus stand nur männlichen traditionellen Autoritäten offen. Kurz vor dem Chief-

---

<sup>405</sup> Dessen im Jahre 1953 fertig gestellte Dissertation behandelte die Geschichte und Bedeutung traditioneller Autoritäten in Ghana, vgl. Busia, *The Position of the Chief in the Modern Political System of Ashanti*, 1968.

<sup>406</sup> Präambel, *Constitution of Ghana*, 1969, abgedruckt in Gyandoh/Griffiths, *A Sourcebook of the Constitutional Law of Ghana*, Vol. I (Part 1), 1972, S. 4.

taincy Act war der »Matrimonial Causes Act« (Act 367) erlassen worden. Dieser sollte zum ersten Mal Gewohnheitsrecht, islamisches Recht und Common Law im Bereich des Eherechts integrieren. Dies sollte eine höhere formelle Wertschätzung gewohnheitsrechtlich geschlossener Ehen ausdrücken und zugleich ein Schritt in Richtung eines integrierten Eherechts sein.<sup>407</sup>

Die sozialen Folgen einer 42-prozentigen Abwertung des ghanaischen Cedi im Jahre 1971 gaben den Ausschlag für einen erneuten Militärputsch am 13. Januar 1972. Durch ihn wurde die Zweite Republik beendet. Die Verfassung wurde aufgehoben, der Supreme Court abermals aufgelöst. Seine Aufgaben als Revisionsinstanz nahm der Court of Appeal wahr. An der Spitze der Militärregierung, die sich »National Redemption Council« (NRC) nannte, stand Colonel Ignatius Kutu Acheampong. In den ersten Jahren seiner Herrschaft führte das Regime zahlreiche populäre Maßnahmen durch: Die Abwertung des Cedi wurde ebenso zurückgenommen wie die Kürzung der Einkommen von Staatsangestellten. Vor allem aber verweigerten die neuen Machthaber die Rückzahlung der enormen Schuldenlast des Landes an internationale Gläubiger. Begünstigt durch die hohen Gold- und Kakaopreise auf dem Weltmarkt kam es zu einer vorübergehenden wirtschaftlichen Erholung.<sup>408</sup> Kwame Nkrumah wurde rehabilitiert und seine sozialistische Wirtschaftspolitik wieder aufgenommen. Insbesondere die Privatisierungen staatlicher Unternehmen ließ der NRC revidieren.<sup>409</sup> Der Militärrat versuchte außerdem, wieder stärkere Kontrolle über die traditionellen Autoritäten auszuüben.<sup>410</sup> Die Begeisterung der Bevölkerung für diesen abermaligen Eingriff des Militärs war von Beginn an deutlich zurückhaltender als beim Putsch im Jahre 1966. Die Zustimmung für die Maßnahmen NRC sank erheblich, als sich Mitte der 70er Jahre die wirtschaftliche Situation erneut änderte: Während die Kakaopreise fielen, stieg der Ölpreis. Ghana war wieder

---

<sup>407</sup> Wanitzek, *Third World Legal Studies* (1991), 75 (76). Vgl. zum Matrimonial Causes Act 3.3.1.4.

<sup>408</sup> Petchenkine, *Ghana in Search of Stability*, 1993, S. 65 f.

<sup>409</sup> Gocking, *The History of Ghana*, 2005, S. 165 ff.

<sup>410</sup> Dies geschah jedoch überwiegend durch relativ subtile Eingriffe wie die Ausgestaltung der Verfahren vor den verschiedenen Houses of Chiefs, vgl. Ray, 37-38 *Journal of Legal Pluralism* (1996), 181 (189).

auf ausländische Kredite angewiesen und musste seine Altschulden anerkennen. Das Regime druckte in großen Mengen Banknoten, wodurch die Inflationsrate unaufhörlich stieg.<sup>411</sup> Maßnahmen zur Preisregulierung bewirkten nur, dass viele Güter des täglichen Lebens und Ersatzteile aller Art knapp wurden und aus dem offiziellen Wirtschaftskreislauf verschwanden.

In einigen Gebieten des Landes erreichte die Unterversorgung schließlich das Ausmaß einer Hungersnot. Hinzu kam, dass der NRC immer stärker durch Korruptionsskandale belastet wurde. Acheampong maß sich zunehmend diktatorische Gewalt an und inhaftierte eine große Zahl seiner Gegner. Auch die – als Zeichen eines Neuanfangs gedachte – Restrukturierung der Militärregierung, die hierbei in »Supreme Military Council« (SMC) umbenannt wurde, änderte nichts daran, dass weite Kreise der Gesellschaft sie ablehnten. Mehrere Putschversuche scheiterten. Inmitten des allgemeinen Niederganges versuchte Acheampong, die Legitimation seiner Herrschaft zumindest teilweise zurückzugewinnen und per Referendum die Idee einer Einheitsregierung durchzusetzen: Einer »gemeinsamen«, nicht parteilich organisierten Regierung von Militär und Zivilgesellschaft.<sup>412</sup> Letztere lehnte den Vorschlag von Beginn an größtenteils ab und forderte stattdessen eine baldige Rückkehr zu einer demokratisch gewählten Zivilregierung. Als Acheampong das Referendum über die Unionsregierung offensichtlich zu seinen Gunsten manipulierte und in der Folgezeit zahlreiche Gegner inhaftieren ließ, rebellierte eine Gruppe jüngerer Offiziere. Anstelle Acheampongs setzten sie dessen bisherigen Stellvertreter, Frederick Akuffo, als Oberhaupt des Militärrates ein. Dieser nannte sich nunmehr SMC II.<sup>413</sup> Den anfänglichen Versuch, das bisherige Programm einer Einheitsregierung fortzusetzen, musste dieser schon bald aufgrund des großen Drucks der Bevölkerung aufgeben. Das Parteienverbot wurde aufgehoben. Im Juni 1979 sollten Wahlen abgehalten werden.

---

<sup>411</sup> Die Inflationsrate stieg in dieser Zeit teilweise auf 300 %, vgl. Pellow/Chazan, Ghana – Coping with Uncertainty, 1986, S. 60.

<sup>412</sup> Zur Diskussion über den Vorschlag des SMC: Owusu, 22 African Studies Review (1979), 89 (98 ff.).

<sup>413</sup> Petchenkine, Ghana in Search for Stability, 1993, S. 74 ff.

### 3.2.7 Rawlings und die Rückkehr zur Demokratie

Unmittelbar vor diesen Wahlen, am 4. Juni 1979, putschten sich erneut junge Offiziere unter Führung des Fliegerleutnants Jerry John Rawlings an die Macht. Als »Armed Forces Revolutionary Council« (AFRC) wollten sie Ghanas politische wie wirtschaftliche Elite von korrupten Mitgliedern »reinigen«, um so der neuen Zivilregierung eine bessere Ausgangslage zu verschaffen. Unter den Opfern der nun folgenden Hinrichtungswelle befanden sich nicht nur Vertreter des SMC wie Acheampong und Akuffo, sondern auch Führungsoffiziere des alten Regimes wie General Afrifa, der als Gegner der Einheitsregierung selbst unter den Repressalien des SMC gelitten hatte. Im ganzen Land herrschte eine Welle der Gewalt, und Ghana drohte, im Chaos zu versinken. Wider Erwarten wurden die Wahlen aber planmäßig am 22. Juni 1979 durchgeführt. Am 24. September 1979 trat die neue Verfassung in Kraft. Sie sah eine Präsidialdemokratie nach dem Vorbild der US-amerikanischen Verfassung vor. Das Militär kehrte widerstandslos in die Kasernen zurück und übergab die Macht mit nur leichter Verspätung an die neu gewählte Zivilregierung unter Präsident Hilla Limann.<sup>414</sup> Die Verfassung von 1979 stellte insbesondere im Verhältnis des Staates zu den traditionellen Autoritäten eine bemerkenswerte Neuausrichtung dar: Zuvor hatten sämtliche Regierungen in Fortführung kolonialer Strategien versucht, einen mehr oder weniger direkten Einfluss auf die Besetzung traditioneller Ämter zu nehmen. Die ausdrückliche Festschreibung staatlicher Nichteinmischung in Chieftaincy-Angelegenheiten durch Art. 177 Abs. 2 der Verfassung legte erstmals offiziell einen autonomen Bereich traditioneller Herrschaft fest.<sup>415</sup>

Auch der Dritten Republik war jedoch keine dauerhafte Existenz vergönnt. Es gelang Limann nicht, wirksame Maßnahmen gegen Korruption und Schattenwirtschaft durchzusetzen. Mehrere Korruptionsskandale kosteten der Regierung den Rückhalt in der Gesellschaft,

---

<sup>414</sup> Ursprünglich hatte die Zivilregierung ihre Arbeit bereits am 1. Juli 1979 aufnehmen sollen, vgl. Petchenkine, *Ghana in Search of Stability*, 1993, S. 93 f.

<sup>415</sup> Goldschmidt, 18 *African Law Studies* (1980), 43 (54 ff.); Ray, 37-38 *Journal of Legal Pluralism* (1996), 181 (189 f.).

der von Beginn an nicht stark ausgebildet war.<sup>416</sup> Auch die Wirtschaftspolitik der neuen Regierung zeigte keine positiven Effekte; die Lage blieb katastrophal. Am 31. Dezember 1981 übernahm der in der Bevölkerung nach wie vor sehr populäre Rawlings mit Hilfe des Militärs erneut die Macht. Wieder einmal wurde die Verfassung aufgehoben, das Parlament aufgelöst und ein Parteienverbot erlassen. Rawlings setzte sich an die Spitze des »Provisional National Defence Council« (PNDC), der unter Einbindung einiger Vertreter der Zivilgesellschaft überwiegend von Militärs gebildet wurde. Rawlings erklärte die Bekämpfung der Korruption zum obersten Ziel. In den ersten Regierungsjahren setzte er dabei auf die Mobilisierung breiter Bevölkerungsschichten. Mit der Einrichtung von Basiskomitees und revolutionären Volksgerichten verfolgte er zudem eine sozialistisch ausgerichtete Politik. Volksläden sollten unter Vorgabe eines Festpreissystems die Versorgung der Bevölkerung sicherstellen.<sup>417</sup> Unternehmer und Politiker, die durch Korruption reich geworden waren, ließ er anklagen und enteignen. In den Anfangsjahren wurden wie schon unter dem AFRC Personen ohne Anklage oder Verfahren hingerichtet. Im Jahre 1982 fielen diesen geheimen Exekutionen die Richterin Sarkodee und die Richter Agyepong und Addow zum Opfer. Diese hatten sich zur Zeit des AFRC öffentlich gegen die Verfolgungspraxis von Rawlings' Regime ausgesprochen. Nicht zuletzt der Skandal um diese Hinrichtungen weitete sich zu einer zunehmend öffentlichen Verurteilung der staatlichen »Säuberung« aus. Rawlings distanzierte sich von der Hinrichtung und ließ die Verantwortlichen von einem öffentlichen Tribunal zum Tode verurteilen. In der Folgezeit übernahmen »Regional Tribunals« die Rolle der Volksgerichte.<sup>418</sup> Diese Tribunale, bei denen neben juristisch Geschulten auch Laien an der Rechtsprechung beteiligt wurden, existierten parallel zu den Strafgerichten. Sie befassen sich neben Fällen von schwerer Kriminalität mit Verbrechen gegen den Staat – worunter neben Verschwörung auch sogenannte wirtschaftliche Sabotage fiel. Die Tribunale waren dafür berichtigt, in

---

<sup>416</sup> Petchenkine, *Ghana in Search of Stability*, 1993, S. 115 f.

<sup>417</sup> Petchenkine, *Ghana in Search of Stability*, 1993, S. 121 ff.

<sup>418</sup> Vgl. Gocking, 95 *African Affairs* (1996), 197 ff.

Schnellverfahren drakonische Strafen, vor allem und häufig die Todesstrafe, zu verhängen.

Rawlings konnte sich der Zustimmung für seine Vorgehensweise durch die breite Bevölkerungsschicht sicher sein. Der wirtschaftliche Aufschwung blieb aber zunächst aus. Im Jahre 1983 vollzog Rawlings angesichts der katastrophalen Wirtschaftslage, die durch eine Dürreperiode noch verschärft wurde, eine drastische wirtschaftspolitische Kehrtwende: Er setzte nunmehr auf die Kooperation mit Weltbankgruppe und Internationalem Währungsfonds und unterwarf Ghana deren liberalen Strukturanpassungsmaßnahmen. Unter dem Namen »Economic Recovery Program« erfolgten Preiserhöhungen, die Abwertung des Cedi, die Schließung oder Privatisierung unproduktiver Staatsbetriebe und eine strikte Sparpolitik. Diese Maßnahmen brachten erhebliche Härten für die Bevölkerung mit sich und konnten nur aufgrund von Rawlings diktatorischer Macht durchgesetzt werden. Die Mitte der 80er Jahre erlebte auch eine Reihe gesetzlicher Reformen im Bereich des Wohnrechts. In dieser Zeit wurden die PNDC Gesetze 111, 112, 113 und 114 erlassen. Insbesondere das PNDC Law 111 – das Intestate Succession Law – stellte den bis dato radikalsten gesetzlichen Eingriff in ein Rechtsgebiet dar, das bis dahin weitgehend durch gewohnheitsrechtliche Normen reguliert wurde.<sup>419</sup> Auch änderte der PNDC seine anfängliche Zurückhaltung in Chieftaincy-Angelegenheiten: Hatte das Regime zu Beginn die in der Verfassung von 1979 erstmals festgeschriebene Politik der Nichteinmischung fortgesetzt, wurde nunmehr erneut die Bestätigung traditioneller Autoritäten durch eine staatliche Stelle erforderlich.<sup>420</sup> Auslöser für diese Kursänderung waren anhaltende und gewaltsame Nachfolgestreitigkeiten, die vor allem im Norden Ghanas zahlreiche Opfer forderten.

Anfang der 90er Jahre zeigten sich jedenfalls auf makroökonomischer Ebene erste Erfolge der marktliberalen Wirtschaftspolitik. Insbesondere die Inflation war deutlich zurückgegangen. Der internationale Druck betraf aber nicht mehr nur die Wirtschaftspolitik. Das Regime wurde immer wieder aufgefordert, den Weg für eine Rückkehr

---

<sup>419</sup> Zum PDNCL 111 unten 3.3.1.3.

<sup>420</sup> Ray, 37-38 Journal of Legal Pluralism (1996), 181 (189).



zu einer demokratisch legitimierten Zivilregierung frei zu machen. Diesem Druck gab Rawlings schließlich nach und ließ im November 1991 eine beratende Versammlung einsetzen, die eine neue Verfassung entwerfen sollte. Deren Entwurf richtete sich weitgehend nach dem Vorbild der Verfassung von 1979. Durch ein Referendum bestätigt trat die Verfassung am 28. April 1992 in Kraft. Wenige Monate später, am 3. November 1992, wurden Präsidentschaftswahlen abgehalten, aus denen Rawlings an der Spitze des von ihm gegründeten »National Democratic Congress« (NDC) als klarer Sieger hervorging.<sup>421</sup> Trotz verbreiteter Kritik am PNCD war der charismatische Rawlings in weiten Teilen der Bevölkerung nach wie vor beliebt. Als faktischer Amtsinhaber hatte er gegenüber den oppositionellen Kandidaten auch große Vorteile in Bezug auf die Organisation des Wahlkampfes: Das Parteienverbot war im Mai aufgehoben worden, neu zu gründende Parteien konnten sich aber erst im September offiziell registrieren lassen. Da die wichtigsten Oppositionsparteien die anschließenden Parlamentswahlen wegen solcher Behinderungen boykottierten, blieb Ghana faktisch ein Ein-Parteien-Staat. Die Legislaturperiode wurde von gewaltsamen »ethnischen« Auseinandersetzungen im Norden Ghanas überschattet. Hintergrund war einmal mehr der Streit um die Besetzung von »Paramount Chieftaincies« und die damit verbundene Herrschaft über Land. Bereits seit geraumer Zeit herrschten Spannungen zwischen der Minderheit der Konkomba und den Nannumba und Dagomba. Im Februar 1994 kam es schließlich zu blutigen Auseinandersetzungen, denen mindestens 2000 Menschen zum Opfer fielen und die den Einsatz des Militärs erforderten.<sup>422</sup> Obwohl die Regierung nicht zuletzt wegen dieses Militäreinsatzes kritisiert wurde, konnte sich Rawlings persönlich als Vermittler profilieren.

Schwieriger gestaltete sich die Wirtschaftspolitik. Der wirtschaftliche Aufschwung war Mitte der 90er Jahre zum Erliegen gekommen. Dennoch konnten Rawlings und der NDC ihren Erfolg bei den Wahlen im Jahre 1996 wiederholen. Rawlings selbst verkündete gegen Ende

---

<sup>421</sup> Zu den Wahlen: Jeffries/Thomas, *African Affairs* (1993), 331 ff.

<sup>422</sup> Mindestens 178.000 Menschen wurden zudem vertrieben. Zum Konflikt und seiner Vorgeschichte: Bogner, *The 1994 Civil War in Northern Ghana*, in: Lentz/Nugent, *Ethnicity in Ghana*, 2000, S. 183 ff.

seiner regulären Amtszeit, dass er gemäß der Verfassung nicht noch einmal zur Wahl antreten werde. In seiner letzten Amtsperiode geriet Ghana erneut in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Die Bedingungen für den internationalen Handel hatten sich abermals deutlich verschlechtert: Die Rohstoffpreise für Gold und Kakao waren wieder drastisch gesunken,<sup>423</sup> der Ölpreis dagegen gestiegen. Der Cedi verlor erheblich an Wert. Gleichzeitig berichtete die Presse immer häufiger über Korruption und Misswirtschaft. Bei den Präsidentschaftswahlen im Jahre 2000 verloren Rawlings Nachfolgekandidat – der bisherige Vizepräsident John Atta Mills – und der NDC im zweiten Wahlgang die Mehrheit. Damit endete nach 20 Jahren die Ära Jerry Rawlings. Zum ersten Mal in der Geschichte des Landes erfolgte ein demokratischer Machtwechsel. Sieger der Wahlen war die »New Patriotic Party« (NPP) mit ihrem Kandidaten John Agyekum Kufuor. Diese beschrieb sich als Verfechterin der »Danquah-Busia-Tradition« und damit als Nachfolgerin der United Gold Coast Convention und der Popular Party. Neben unterschiedlichen politischen Ausrichtungen weisen beide Groß-Parteien auch eine deutliche »ethno-geographische« Trennung auf: Während die Kerngefolgschaft des NDC vorwiegend den Ewe zuzurechnen sind, deren wichtigstes Siedlungsgebiet erst mit dem Anschluss Britisch-Togolands kurz vor der Unabhängigkeit in das Staatsgebiet aufgenommen worden war, wird die NPP traditionell als Partei der Asanti und Akyem angesehen.<sup>424</sup>

Durch die Teilnahme am Entschuldungsprogramm des Internationalen Währungsfonds und der Weltbank konnte sich Ghana von einem erheblichen Teil seiner Auslandsschulden befreien. Die Wahlen am 7. Dezember 2004 bestätigten Kufuor bereits im ersten Durchgang für weitere vier Jahre im Amt. Die Regierungszeit der NPP war durch eine – zumindest oberflächlich – rigoros durchgesetzte Politik der Nichteinmischung gegenüber den traditionellen Autoritäten gekennzeichnet. So wurde etwa ein reformierter Chieftaincy Act (Act 759) er-

---

<sup>423</sup> Der Fall des Goldpreises lag unter anderem daran, dass zahlreiche Industrienationen sich entschieden hatten, einen Teil ihrer Goldreserven zu veräußern. Dies sollte ironischerweise gerade dazu dienen, die Mittel für Entwicklungshilfe aufzustocken, vgl. Gocking, *The History of Ghana*, 2005, S. 240.

<sup>424</sup> Zur Bedeutung von Ethnizität für die Wahlen jüngerer Zeit: Amoah, *Reconstructing the Nation in Africa*, 2007, S. 174 ff.

lassen, der den Grundsatz der Nichteinmischung konsequent umsetzt. Allerdings wurden die hoheitlichen Befugnisse traditioneller Autoritäten auch nicht weiter durch den Staat anerkannt. Das Gesetz nennt in Sec. 30 zwar ausdrücklich »customary arbitration« als Aufgabe traditioneller Autoritäten und garantiert den Bestand dieser Form der Rechtsprechung. Welche Standards hierbei einzuhalten sind und wie sich das Verhältnis zur staatlichen Rechtsprechung gestaltet, wird jedoch nicht geregelt. Im Übrigen entspricht das reformierte Gesetz in weiten Teilen seinen Vorgängern. Insbesondere die Bedeutung weiblicher Autoritäten wird nach wie vor nicht ausdrücklich behandelt. Im Jahre 2006 wurde ein Projekt zur umfassenden Verschriftlichung der Gewohnheitsrechte, wie sie schon der Chieftaincy Act im Jahre 1961 vorgesehen hatte, vom National House of Chiefs ins Leben gerufen. Dieses Projekt befindet sich jedoch nach wie vor in seiner Anfangsphase.<sup>425</sup> Bei den Wahlen im Dezember 2008 konnten sich Mills und der NDC durchsetzen, und es kam zu einem erneuten Regierungswechsel. Im Jahre 2012 wurde der NDC wiedergewählt, diesmal mit John Mahama an der Spitze.<sup>426</sup> Der Fund von Erdöl vor der Küste Ghanas führte zudem zu weiterem wirtschaftlichen Wachstum, weshalb das Land abermals – diesmal auch unter Hinweis auf die Festigung einer demokratischen Kultur in den letzten 20 Jahren – als Vorbild für viele Länder Westafrikas gilt.

### 3.2.8 Exklusion, Fragmentierung und Instabilität

Die Etablierung des Kolonialstaates stellte in Hinsicht auf die Neuinterpretation von Traditionen und die Verfestigung bestimmter Repräsentationen gewohnheitsrechtlicher Ordnungen auch in Ghana einen Einschnitt in der Entwicklung des Rechtspluralismus dar. Es handelte sich hierbei allerdings nicht um einen statischen oder einseitigen Vorgang. Vielmehr existierte ein komplexes Netz von Beziehungen, in dem

---

<sup>425</sup> Vgl. Akamba/Tufuor, *The Future of Customary Law in Ghana*, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 222 f.

<sup>426</sup> Mahama war unter Mills Vizepräsident und übernahm das Präsidentenamt am 24.07.2012, nachdem Mills im Amt verstorben war.

verschiedene Gruppen um Einfluss und Deutungsmacht rangen. Dieser Prozess setzte sich nach Erlangen der Unabhängigkeit bis in die heutige Zeit fort. Die staatliche Rechtsordnung ist nach wie vor durch seine koloniale Vergangenheit beeinflusst. Während sich andere Teile des Staates explizit auf eine ghanaische Tradition berufen, versteht sich die ghanaische Justiz als in der Tradition des Common Law stehend.<sup>427</sup> Der räumliche Schwerpunkt der ghanaischen Jurisprudenz liegt dabei im Süden des Landes. Dort bildete sich zuerst eine juristische Elite heraus. Auch die einflussreichen Textbücher zum Gewohnheitsrecht wurden über Gesellschaften im Süden des Landes verfasst. Auch die wichtigsten Bildungseinrichtungen und die Gerichte höherer Instanzen befinden sich hier.

Der Austausch- und Verständigungsprozess zwischen staatlichem und Gewohnheitsrecht ist von einer Privilegierung bestimmten Wissens und damit gleichzeitig von Exklusion, in der Folge von – zumindest relativ – Machtlosigkeit bestimmter Personengruppen geprägt. Die politische Instabilität infolge wechselnder Militärdiktaturen und Zivilregierungen führte dazu, dass sich das Verhältnis zwischen Staat und traditioneller Elite immer wieder neu konfigurierte. Dieses Verhältnis ist seit jeher gleichermaßen durch Konkurrenz wie durch Kooperation und gegenseitige Instrumentalisierung gekennzeichnet. Dabei konnten die »Chiefs« ihre Position insgesamt festigen und genießen etwa unter der Verfassung von 1992 größere Autonomie. Deutlich früher konnte sich die traditionelle männliche Elite als wichtige Quelle für den Inhalt des Gewohnheitsrechts etablieren. Diesen Einfluss konnte sie sich über die koloniale Politik der »Indirect Rule« hinaus bewahren. Schon früh konkurrierte das Wissen der »Chiefs« jedoch mit schriftlichen Werken der einheimischen modernen Elite.<sup>428</sup>

---

<sup>427</sup> Richterinnen und Richter sowie Anwältinnen und Anwälte tragen beispielsweise nach wie vor Roben und Perücken nach britischen Vorbild. Im Gegensatz dazu zielt die Architektur des Ende 2008 fertig gestellten neuen Präsidentenpalastes, das »Golden Jubilee House«, die Form eines traditionellen Stuhls. Das Gebäude soll das Osu Castle ersetzen, das von den Portugiesen erbaut zunächst als Sklavenfort, danach als Sitz der britischen Kolonialverwaltung und schließlich als Sitz der ghanaischen Präsidenten diente.

<sup>428</sup> Dies spiegelt sich auch in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung wider, in erst allmählich die Bedeutung weiblicher traditioneller Autoritäten diskutiert, vgl. etwa Steegstra, 55 *Africa Today* (2009), 105 ff.; Stoeltje, 19 *Research Review*

Verstehen von Gewohnheitsrecht wurde eher im Verhältnis zwischen Kolonisatoren und Kolonisierten, die sich gegen fremde Kategorien wehrten, problematisiert. Mit Erlangen der Unabhängigkeit fand eine gewisse »Ent-Fremdung« des Gewohnheitsrechts statt, indem dessen Rechtscharakter betont wurde. Auf der Ebene des Reverbalsierens entsprach dies dem Streichen der Repugnancy-Klausel. Von den Gesetzesreformen der 80er Jahren abgesehen, gab es insgesamt jedoch verhältnismäßig wenig gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der Anwendung von Gewohnheitsrecht in staatlichen Gerichten. Beide Aspekte – der gesetzliche Rahmen und das Verhältnis zwischen staatlicher und traditioneller Rechtsprechung – beeinflussen die staatliche Gewohnheits-Rechtsprechung und werden im folgenden Abschnitt daher näher behandelt.

---

(2003), 1 ff.

### 3.3 Der rechtlich-institutionelle Rahmen

Staatliche Gerichte sind ein wichtiger Ort im offiziellen Rechtspluralismus, an dem seit Etablierung des Kolonialstaates Deutungen von Gewohnheitsrecht verhandelt werden. Auch vor den Gerichten ist der Austausch zwischen staatlichem und Gewohnheitsrecht von der Auseinandersetzung verschiedener Gruppen geprägt. Mit dem formalen Ende der britischen Kolonialherrschaft und aufgrund der zahlreichen Militärcoups nach Erlangen der Unabhängigkeit wurde dieses Ringen um Hegemonie im Land immer wieder neu konfiguriert. Gleichzeitig gibt es Elemente der Kontinuität, die den Austausch zwischen den normativen Ordnungen seit langer Zeit prägen. Normativer Konflikt und Kontinuität spiegeln sich in der Ausgestaltung der gesetzlichen Regelungen zur Anwendung von Gewohnheitsrecht wider (dazu 3.3.1). Gewohnheitsrechtliche Ordnungen werden als Rechtsquelle anerkannt und in den hierarchischen Aufbau staatlichen Rechts eingeordnet. Dies bedeutet auch, dass gewohnheitsrechtliche Normen von bestimmten Regeln und Wertungen verdrängt werden. Auch die staatlichen Arrangements des Verhältnisses zwischen den verschiedenen Gerichtsbarkeiten sind das Ergebnis eines Prozesses, der zu Kolonialzeiten begann. Die Rechtsprechung durch die »Chiefs« ist staatlich zu einem gewissen Grad anerkannt, steht aber nicht auf einer Stufe mit denjenigen staatlicher Gerichte (dazu 3.3.2).

#### 3.3.1 Der gesetzliche Rahmen

Die aktuelle Verfassung von 1992 ist die erste beständige Verfassung des Landes. Sie gibt verhältnismäßig klare Hierarchien – insbesondere zum Verhältnis zwischen Menschenrechten und Gewohnheitsrecht – vor. In der einfachen Gesetzgebung werden unterschiedliche Techniken für die staatliche Regulierung von Gewohnheitsrecht verwendet – von Verdrängung bis teilweiser Inkorporation und der Einräumung von Wahlmöglichkeiten. Die wichtigsten legislativen Interventionen in Rechtsgebiete, die zuvor maßgeblich von Gewohnheitsrecht geprägt waren, erfolgten erst Mitte der 1980er Jahre. Andere Gesetze, die für die Rechtsprechung von Gewohnheitsrecht durch staatliche Gerichte

von Bedeutung sind, wiederholen nur den Wortlaut älterer Vorschriften. Das Wissen über Gewohnheitsrecht wird in diesen Gesetzen kaum problematisiert. Den Gerichten wird insgesamt ein verhältnismäßig weites Ermessen im Umgang mit Gewohnheitsrecht eingeräumt.

### 3.3.1.1 Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Verfassung von 1992 stellt gemäß Art. 1 Abs. 2 das höchste Gesetz Ghanas dar. Verschiedene Vorschriften beeinflussen die Konstruktion von Gewohnheitsrechten in staatlichen Gerichten. Gewohnheitsrecht wird in Art. 11 Abs. 2 als Teil des »Common Law of Ghana« genannt und damit offiziell als Rechtsquelle anerkannt. Zum »Common Law of Ghana« gehören die Normen, die üblicherweise als Common Law und als »doctrines of equity« bekannt sind, sowie die »rules of customary law including those determined by the Superior Court of Judicature«. Implizit scheint also die Verfassung eine Unterscheidung zwischen gerichtlich festgelegtem und nicht-gerichtlichem Gewohnheitsrecht zu treffen. Für die Anerkennung als Recht durch den Staat spielt diese Unterscheidung allerdings keine Rolle. Jedenfalls ist eine Anerkennung durch staatliche Gerichte nicht Voraussetzung für die Rechtsgeltung gewohnheitsrechtlicher Normen. Religiöse Rechte werden in der Verfassung nicht ausdrücklich genannt.<sup>429</sup> In Absatz 3 wird Gewohnheitsrecht definiert als »the rules of law, which by custom are applicable to particular communities in Ghana«. Dies deutet auf eine Unterscheidung zwischen *Gewohnheitsrecht* und bloßer Gewohnheit oder Brauchtum hin. Mit dieser Verweisung ist die Definition zudem zirkulär.<sup>430</sup> Gleichzeitig betont sie die Vielfalt verschiedener Gewohnheits-

---

<sup>429</sup> Vor allem islamischen Rechtslehren spielen im Leben eines erheblichen Teils der Bevölkerung eine Rolle. Laut der letzten Volkszählung sind 17,6 % der Bevölkerung muslimischen Glaubens, vgl. 2010 Population and Housing Census of Ghana (Final Summary), Ghana Statistical Service, 2012, S. 6. Insbesondere der Norden des Landes ist aufgrund der historischen Kontakte über die Handelsrouten überwiegend islamisch geprägt. Ausdrücklich wird islamisches Recht allein im Marriage Act, 1884-1985 bezüglich der Registrierung entsprechender Eheschließungen erwähnt. Auch im Fallrecht der Gerichte spielt islamisches Recht nur ausnahmsweise eine Rolle.

<sup>430</sup> Kritisch hierzu: Mensa-Bonsu, 22 University of Ghana Law Journal (2002-2004), 1 (3).

rechte und deren Charakter als personale Rechte. Eine Begrenzung der Anerkennung von Gewohnheitsrecht auf bestimmte Rechtsgebiete lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen.<sup>431</sup> Auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Verfassung ergibt, soll das gesamte Common Law – und damit auch Gewohnheitsrecht – vom geschriebenen Recht verdrängt werden.<sup>432</sup> Art. 272 nennt als eine der Aufgaben des National House of Chiefs, die unterschiedlichen gewohnheitsrechtlichen Ordnungen soweit wie möglich zu vereinheitlichen. Die Verfassung erkennt also einerseits den rechtlichen Pluralismus offiziell an, gibt aber zugleich eine klare Hierarchie der verschiedenen Rechtsarten vor und nennt das Ziel einer zumindest teilweisen Vereinheitlichung.

Ghana hat verschiedene internationaler Verträge ratifiziert, etwa die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, die Afrikanische Menschenrechts-Charta sowie die »Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women« (CEDAW).<sup>433</sup> Internationales Recht wird in Art. 11 aber nicht als Rechtsquelle genannt. Es gilt in Ghana nicht unmittelbar, sondern muss durch nationale Gesetzgebung umgesetzt werden. Die Verfassung enthält nur vereinzelte Hinweise auf internationales Recht. Diese beschränken sich weitgehend auf das Verhältnis zu anderen Staaten (z.B. in Art. 40). Die Verfassung betont aber den Leitbildcharakter internationaler Menschenrechte für deren Verwirklichung auf nationaler Ebene. Art. 37 der Verfassung wiederholt den Menschenrechtskatalog des vorherigen Kapitels in Form einer »Staatszielbestimmung«. Besonderes Gewicht wird hierbei auf positive Maßnahmen zur Gleichstellung gelegt. Absatz 3 schreibt vor, dass sich der ghanaische Staat in diesem Bestreben von interna-

---

<sup>431</sup> Allerdings legt Art. 19 Abs. 11 fest, dass eine Bestrafung nur aufgrund eines geschriebenen Gesetzes möglich ist und schließt damit die Anwendung von Gewohnheitsstrafrecht aus.

<sup>432</sup> Vgl. Woodman, Ghana, in: Bainham/Rwezaura (Hrsg.), *The International Survey of Family Law*, 2003, S. 196, der dies jedoch nicht näher begründet.

<sup>433</sup> Vgl. *Ghana Treaties Manual*, S. 12. Die Ratifizierung erfolgt gemäß Art. 75 der Verfassung durch das Parlament.



tionalen Übereinkommen leiten lassen soll. Dies umfasst theoretisch auch die Rechtsprechung als staatliche Gewalt.

Der Grundrechtskatalog wird im fünften Kapitel der Verfassung (Art. 12 bis 30) umfassend ausgeführt. Art. 12 Abs. 1 legt fest, dass die Grundrechte von Exekutive, Legislative, Judikative, von allen anderen Regierungsorganisationen und – soweit anwendbar – auch von natürlichen und juristischen Personen zu beachten sind. Obwohl die Frage, wann ein Grundrecht im Privatbereich gilt, Raum für Interpretationen offen lässt, wird damit also eindeutig eine unmittelbare Drittwirkung beschrieben. Die Folgeartikel 13-16 regeln die Grundrechte auf körperliche Unversehrtheit, Freiheit und Menschenwürde. Art. 17 Abs. 1 enthält einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz. In Absatz 2 werden unter anderem Geschlecht (»gender«), Rasse (»race«), ethnische Herkunft (»ethnic origin«) und sozialer Status als Merkmale genannt, die nicht zur Begründung von Diskriminierung dienen dürfen. Da die Definition von Gewohnheitsrecht darauf abstellt, dass diese Normen von bestimmten Gemeinschaften (»communities«) praktiziert werden, ohne Ethnizität als Element zu nennen, widerspricht seine Anerkennung nicht dieser Aufzählung. Allerdings definiert Art. 17 Abs. 3 Diskriminierung als Ungleichbehandlung auch aufgrund der sozialen Herkunft. Art. 17 Abs. 4 erlaubt Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgebot, etwa für Gesetzgebung im Bereich personeller Rechte, soweit diese »reasonably necessary« ist. Da nur parlamentarische Gesetze genannt werden, fallen gewohnheitsrechtliche Ordnungen nicht unter diesen Vorbehalt. Die ausdrückliche Anerkennung von Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle spricht dafür, dass die Anwendung von unterschiedlichen Normen vereinbar mit dem Gleichheitsgebot ist. Das Gebot findet aber uneingeschränkt Anwendung auf gewohnheitsrechtliche Ordnungen.

Das generelle Verbot von Diskriminierung wird in mehrere Folgevorschriften (beispielsweise dem gleichen Recht auf Bildung in Art. 25) konkretisiert. Art. 22 Abs. 1 schreibt vor, dass der überlebende Ehepartner einen angemessenen Anteil am Erbe erhalten soll, wenn keine testamentarische Verfügung existiert. Der zweite Absatz beauftragt darüber hinaus die Legislative, das Ehegüterrecht baldmöglichst gesetzlich zu regeln. Art. 26 Abs. 1 gewährt ein individuelles Recht auf

Kultur. Im zweiten Absatz werden »auf Gewohnheit beruhende Praktiken« (»customary practices«), die entmenslichen oder verletzen, hiervon nicht nur ausgenommen, sondern ausdrücklich verboten. Üblicherweise werden als Beispiele für »harmful customary practices« Bräuche genannt, die nur in bestimmten Gesellschaften praktiziert werden. Berühmte Beispiele sind die Verfolgung oder Vertreibung älterer Frauen als Hexen, bestimmte Witwenriten oder die sogenannte »Trokosi«-Sklaverei.<sup>434</sup> Dies sind meist Beispiele für vergeschlechtliche Gewalt. Das Tatbestandsmerkmal Verletzen nimmt ausdrücklich Bezug auf das körperliche und seelische Wohlbefinden. Gruppenrechte, die Ansprüche auf den Schutz von Kultur oder Tradition gewähren, kennt die ghanaische Verfassung nicht. Das Verhältnis zwischen »kulturellen« Rechten und anderen Grundrechten ist also eindeutig zu Gunsten einer umfassenden Grundrechtsgeltung ausgestaltet. Der uneinheitliche Wortlaut wirft die Frage auf, ob auch Gewohnheitsrecht als »customary practice« zu verstehen ist. Ebenso unklar ist die Bedeutung von Art. 39 für die Anerkennung von Gewohnheitsrecht. Dessen erster Absatz betont das Ziel, traditionelle Werte (»customary values«) in das »nationale Leben« (»national life«) einzubinden. Diese unscharfe Formulierung betrifft, da im zweiten Halbsatz etwas deutlicher von »national planning« gesprochen wird, jedenfalls auch staatliches Handeln. Auch diese Einbindung kultureller Werte steht jedoch gemäß Art. 39 Abs. 2 unter einem Vorbehalt, der betont, dass entsprechende Werte nicht statisch sind, sondern angepasst werden und dass verletzende »traditional practices« vom Staat »abgeschafft« (»abolished«) werden müssen. Auch wenn nicht klar ist, inwiefern die Art. 26 und 39 der Verfassung auch die Anwendung von

---

<sup>434</sup> Als *Trokosi* werden Menschen bezeichnet, die meistens bereits im Kindesalter an Fetisch-Schreine übergeben werden, um eine »Schuld« der Großfamilie auszugleichen. Üblicherweise handelt es sich hierbei um Mädchen. Oft ist dieser Dienst vom sexuellen Missbrauch durch Priester geprägt. Nach mehrjähriger öffentlicher Diskussion wurde diese Praxis durch eine Reform des Criminal Code – dessen Sec. 314 nunmehr allgemein jeglichen Zwang zur Teilnahme an Ritualen bzw. gewohnheitsrechtlichen Praktiken verbietet – im Jahre 1998 verboten. Zuvor waren spezielle Gesetze zur Kriminalisierung einzelner Praktiken wie Geschlechtsbeschneidung oder bestimmter Witwenriten erlassen worden. Schon vor der Gesetzesreform hatte es einzelne Verhandlungen gegeben, die zur Befreiung zahlreicher Trokosi führten. Verurteilungen aufgrund des Gesetzes sind nicht bekannt, vgl. Ameh, 19 Canadian Journal of Law & Society (2004), 51 ff.

Gewohnheitsrecht betreffen, legen die jeweiligen Vorbehalte nahe, dass die Verfassung keine Räume anerkennt, in denen die Grundrechte nicht gelten oder unterschiedliche Maßstäbe an verschiedene normative Ordnungen gelegt werden.

Im elften Kapitel der Verfassung werden die Grundlagen des staatlichen Gerichtssystems festgelegt. Art. 125 Abs. 2 ermöglicht es, Laien in die Rechtsprechung einzubinden. Neben der Einsetzung von Jurys und Assessoren nennt diese Vorschrift auch »customary tribunals« als mögliche Beteiligungsform, ohne näher darauf einzugehen, was für Instanzen hierunter zu verstehen sind. Die Verfassung schreibt auch die Grenzen richterlicher Selbstbindung vor. In Art. 129 Abs. 3 legt sie fest, dass der Supreme Court zwar grundsätzlich an eigene Entscheidungen gebunden ist, hiervon aber abweichen kann, wenn das Gericht es für richtig hält. Alle anderen Gerichte sind – soweit es Rechtsfragen betrifft – an die Rechtsprechung des Supreme Court gebunden.<sup>435</sup>

Die Verfassung garantiert in der Tradition ihrer kolonialen und nach-kolonialen Vorgängerinnen die Anerkennung von Gewohnheitsrechten als Recht. Ein darüber hinausgehendes Bekenntnis zu einer auch rechtlich pluralen Gesellschaft existiert jedoch nicht. Vielmehr steht die Förderung einer einheitlichen Nation im Vordergrund. Dieses Spannungsverhältnis spiegelt sich auch in den Regelungen zum Gewohnheitsrecht wider. Es wird zunächst partikularistisch definiert. Gleichzeitig wird als Staatsziel aber eine möglichst weitreichende Vereinheitlichung festgelegt. Grenzen der Anerkennung von »Gewohnheiten« werden an verschiedener Stelle genannt. Wegen des uneinheitlichen Wortlauts ist nicht immer klar, inwieweit diese Vorgaben auch auf Gewohnheitsrecht Anwendung finden. Es lässt sich aber ableiten, dass die Verfassung keine »rechtlichen Autonomiebereiche« anerkennt: Sämtliche Rechte, Praktiken und Wertvorstellungen sind an ihr – inklusive ihres Grundrechtskatalogs – zu messen.

---

<sup>435</sup> Allerdings erfolgt die offizielle Veröffentlichung aktueller Gerichtsentscheidungen nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung. Der eingeschränkte Zugang erschwert die Rezeption jüngerer Entscheidungen in der Entscheidungspraxis der Gerichte. Es besteht also nicht nur hinsichtlich des »gelebten«, sondern auch hinsichtlich des »offiziellen« Gewohnheitsrechts und des allgemeinen Fallrechts ein nicht zu unterschätzendes Informationsdefizit der Gerichte.

### 3.3.1.2 Der Courts Act von 1993 (Act 459)

Die Rechtsprechung staatlicher Gerichte wird neben diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben auch durch einfache Gesetzgebung geprägt. Seit der Unabhängigkeit wurden diverse Gesetze erlassen, die das Fallrecht der Gerichte in verschiedenen Bereichen beeinflussen. Für die Gewohnheitsrechtsprechung sind dabei die verfahrensrechtlichen Vorschriften des Courts Act (Act 459) besonders wichtig. Der Courts Act enthält in seinem dritten Teil zunächst Vorschriften darüber, wie Gewohnheitsrecht festzustellen ist. Mit Sec. 54 des Courts Act existiert zudem eine Vorschrift, die ein internes Kollisionsrecht statuiert. Hinsichtlich der in Frage kommenden Quellen zur Bestimmung von Gewohnheitsrecht gab es in den verschiedenen Fassungen des Courts Act seit Erlangen der Unabhängigkeit keine bedeutenden Veränderungen. So wiederholt Sec. 54 die entsprechende Vorschrift (Sec. 67) des Courts Acts von 1960 (C.A. 9) beinahe wortwörtlich.<sup>436</sup>

Wie Gewohnheitsrecht festzustellen ist, schreibt Sec. 55 vor. Dessen erster Absatz wiederholt zunächst die seit dem Erlangen der Unabhängigkeit betonte Feststellung, dass Fragen des Gewohnheitsrechts rechtliche, nicht faktische Fragen sind. In den folgenden Absätzen wird dann erklärt, dass ein Gericht eine Untersuchung durchführen kann, wenn es sich nicht über den Inhalt eines bestimmten Gewohnheitsrechts sicher ist. Vereinzelt wird diese Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus dahingehend interpretiert, dass staatliche Gerichte verpflichtet sind, eine entsprechende Untersuchung durchzuführen, wenn sie Zweifel am Inhalt einer gewohnheitsrechtlichen Norm hegen.<sup>437</sup> Bevor eine solche Untersuchung durchgeführt wird, soll das Gericht gemäß Absatz 2 die Aussagen der Parteien sowie das Fallrecht, Textbücher und weitere einschlägige Quellen berücksichtigen. Wie eine solche Untersuchung genau auszusehen hat, wird vom Gesetz nicht vorgegeben. Auch die Befragung von Personen kommt hierbei in Frage. Dies folgt aus Abs. 3, der anordnet, dass im Falle einer

<sup>436</sup> Sec. 67 des Courts Acts von 1960 (C.A. 9) ist abgedruckt bei Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, 1962, S. 502.

<sup>437</sup> So Mensa-Bonsu, 22 *University of Ghana Law Journal* (2002-2004), 1 (12), die außerdem für einen objektivierten Maßstab hinsichtlich des Zweifels an einer gewohnheitsrechtlichen Regelung plädiert. Die Rechtsprechung hierzu ist nicht einheitlich.

solchen Erhebung die Vorschriften zur Befragung von Zeugen von den Gerichten entsprechend anzuwenden sind. Absatz 4 betont, dass es in die Entscheidungskompetenz des Gerichts fällt, welche Personen anzuhören sind. Absatz 5 eröffnet dem Gericht schließlich die Möglichkeit, sich im Rahmen der Untersuchung an die verschiedenen Traditional Councils und Houses of Chiefs zu wenden, um eine schriftliche Auskunft zu erbitten.<sup>438</sup>

Die hierbei vorgegebene Reihenfolge zwischen schriftlichen Quellen, insbesondere dem eigenen Fallrecht und dem Rückgriff auf Textbücher, und der auf mündlichen Aussagen beruhenden Untersuchung privilegiert zwar erstere. Allerdings handelt es sich hierbei nicht um eine explizite Hierarchie. Der Umstand, dass die Berücksichtigung mündlicher Informationen vergleichsweise detailliert geregelt ist, spricht dagegen, dieser Form der Erhebung nur eine untergeordnete Rolle zuzuweisen. Sec. 55 des Courts Act enthält nur wenige verbindliche Regeln. Die Entscheidung, ob eine Untersuchung erfolgen soll, wie auch die Art und Weise ihrer Durchführung liegen weitgehend im Ermessen der Gerichte. Auch die Frage, wie diese mit dem Ergebnis einer solchen Untersuchung zu verfahren haben – insbesondere ob es für sie inhaltlich verbindlich ist – beantwortet das Gesetz nicht.<sup>439</sup>

Die zentrale Norm des internen Kollisionsrechts ist Sec. 54. Danach ist eine sich aus einem Rechtsgeschäft<sup>440</sup> ergebende Streitfrage nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien selbst gewählt haben oder das sie nach Natur und Form des Rechtsgeschäfts gewählt haben könnten. Ist keine Rechtswahl ersichtlich, so ist laut Sec. 54 (1) Rule 3 personales Recht anzuwenden. Sec. 54 (1) Rule 5 legt schließlich als Generalklausel fest, dass das gemeinsame personale Recht der Parteien anzuwenden ist. Wenn kein gemeinsames personales Recht existiert, können die Gerichte verschiedene personale Rechte – u.U. unter Einbeziehung von Common Law – so anwenden, dass ein billiges und

---

<sup>438</sup> Siehe zu dem semi-staatlichen System traditioneller Herrschaft: 3.3.2.3.

<sup>439</sup> Mensa-Bonsu, 22 *University of Ghana Law Journal* (2002-2004), 1 (12 f.) geht davon aus, dass sich diese Bindung zumindest konkludent ergibt.

<sup>440</sup> Der ausdrückliche Hinweis, dass eine Eheschließung bzw. ein Eheversprechen ein Rechtsgeschäft im Sinne des Sec. 54 Courts Act darstellen, wurde inzwischen gestrichen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dies nach wie vor der Fall ist, vgl. Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrsg.), *Internationales Ehe- und Kindestschaftsrecht*; Stand 01.01.2007, S. 31.

gerechtes Ergebnis erzielt wird. Das Gesetz nennt also explizit die Möglichkeit, dass die Gerichte ein »Mischrecht« entwickeln und anwenden. Hierbei verweist die Vorschrift auf »natural justice, good conscience and equity«. Diese Formulierung stellt also eine Reminiszenz an die koloniale Repugnancy-Klausel dar. Nach dem Wortlaut der Vorschrift kommt Gewohnheitsrecht also nur dann zur Anwendung, wenn keine anderweitige Rechtswahl getroffen wird. Diese Rechtswahlfreiheit findet in der Rechtsprechung der Gerichte allerdings keine Resonanz.<sup>441</sup> Die Kollisionsnorm der Sec. 54 (1) ist mit ihren insgesamt 7 Regeln detailliert. Gleichwohl lässt sie neben den ausdrücklichen Ermessensspielräumen auch dadurch Raum für ein hohes Maß an Flexibilität, dass ihre Vorschriften nicht zwingend sind, sondern nur eine Richtschnur für die Gerichte darstellen. Wie schon bezüglich der Feststellung von Gewohnheitsrecht wird den Gerichten also ein weites Ermessen eingeräumt.

Neben diesen Vorschriften enthält der Courts Act weitere Bestimmungen, die Einfluss auf die Gewohnheitsrechtsprechung ausüben. Von besonderer Bedeutung sind hier die Vorschriften zur Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch die »stare decisis«-Doktrin, die in der Verfassung lediglich hinsichtlich der Stellung des Supreme Court angesprochen wird. Der Courts Act führt die bereits in der Verfassung festgeschriebene Selbstbindung der Gerichte weiter aus. Während Sec. 2 (3) die Regelung in Art. 129 Abs. 3 der Verfassung bezüglich der eingeschränkten Selbstbindung des Supreme Court wiederholt, findet sich in Sec. 10 (5) eine entsprechende Regel hinsichtlich des Court of Appeal. Eine vergleichbare Vorschrift bezüglich der Rechtsprechung der High Courts existiert nicht. Daraus folgt für die Ausgestaltung des Prinzips der »stare decisis« in ghanaischen Gerichten, dass die Rechtsprechung des Supreme Court und des Court of Appeal zunächst vertikal bindend sind. Beide Gerichte sind zudem grundsätzlich an die ei-

---

<sup>441</sup> Nur in einer älteren Entscheidung wurde die Frage der Rechtswahl ausdrücklich angesprochen. Hierbei stellte das Gericht jedoch explizit fest, dass kein allgemeines Optionsrecht gegen das eigene Gewohnheitsrecht existiert, vgl. *Coleman v. Shang* [1959] GLR, 390 (401 f). Anders ist dies für den Bereich des Testierrechts. Hier erkennen die staatlichen Gerichte inzwischen für die Vererbung von Individualeigentum eine Wahlmöglichkeit zwischen Gewohnheitsrecht und Common Law an.

gene vorhergehende Rechtsprechung gebunden. Eine ausdrückliche Bindung der unteren Instanzen an die Rechtsprechung der High Courts findet sich ebenso wenig wie ein Hinweis darauf, wie diese im Falle abweichender Entscheidungen anderer High Courts vorzugehen haben. Während grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die unteren Instanzen auch an Entscheidungen der High Courts gebunden sind, können diese horizontal an Entscheidungen anderer High Courts nicht gebunden sein.

### 3.3.1.3 Das Intestate Succession Law und der Wills Act

Neben der allgemeinen Kollisionsnorm der Sec. 54 (1) Courts Act existieren verschiedene spezialgesetzliche Vorschriften zum Verhältnis der unterschiedlichen normativen Ordnungen – insbesondere zum Verhältnis zwischen Gewohnheitsrecht und Gesetzgebung. Das »Intestate Succession Law« – gemeinhin bekannt unter der Abkürzung PNDCL 111 – regelt die gesetzliche Erbfolge bezüglich individuellen Eigentums.<sup>442</sup> Familien- und Stuhleigentum, also das Eigentum einer Gemeinschaft, sind damit vom Anwendungsbereich ausgenommen (Sec. 1 Abs. 2 des Intestate Succession Law). Das Intestate Succession Law ist unabhängig vom personalen Recht der Beteiligten allgemein anwendbar. Es verdrängt also Gewohnheitsrecht weitgehend und stellt damit den bisher radikalsten gesetzlichen Eingriff in ein Rechtsgebiet dar, das zuvor überwiegend von gewohnheitsrechtlichen Normen geregelt wurde. Durch das Gesetz wird die Kleinfamilie jedenfalls in vermögensrechtlicher Hinsicht zu Lasten groß-familiärer Strukturen privilegiert.<sup>443</sup> Die Bedeutung, die der Durchsetzung der Vorschriften beigemessen wurde, zeigt sich darin, dass in Sec. 17 des Intestate Succession Law Verstöße strafrechtlich sanktioniert werden. Auch die Verfassung von 1992 gebietet in Art. 22 Abs. 1 ausdrücklich, dem überlebenden Ehepartner einen »angemessenen« Teil der Erbmasse zukommen zu lassen.<sup>444</sup> Maßgeblicher Regulationsgegenstand ist die gesetzliche Verteilung von Vermögen an den überlebenden Ehepartner

<sup>442</sup> Vgl. die detaillierte Darstellung bei Klein, Ghana, in: Ferid/Firsching/Dörner (Hrsg.), Internationales Erbrecht, Stand: 31.03.2006, S. 23 ff.

<sup>443</sup> Zur Bedeutung des Intestate Succession Law und vorhergehenden historischen Debatten Woodman, 29 Journal of African Law (1985), 118 ff.

und gegebenenfalls an Kinder, falls der Ehepartner stirbt, ohne eine testamentarische Verfügung zu hinterlassen. Die Ansprüche an den Nachlass bestehen unabhängig von gesellschaftlicher (»ethnic«) Zugehörigkeit, Geschlecht oder Alter. Alle Berechtigten erben gemäß Sec. 14 Intestate Succession Law zu gleichen Anteilen. Die erbrechtlichen Folgen einer polygamen Ehe werden durch das PNDCL nicht ausdrücklich geregelt. Das Intestate Succession Law zeigt ein klares Verständnis darüber, wie der »Normalfall« familiärer Beziehungen aussieht. Die Großfamilie des männlichen Erblasser steht hier auf der einen Seite, dessen einzige Witwe und ihre Kinder auf der anderen Seite als konkurrierende Partei. Insbesondere die Konstellationen, die sich aufgrund von polygamen Ehen ergeben können, weisen aber oftmals deutlich komplexere Konfliktlinien auf. Für den Fall, dass ein Ehemann mehrere Frauen und Kinder von verschiedenen Frauen hat, sind unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten denkbar. Solche – unter Umständen durch zwischenzeitliche Scheidungen noch zusätzlich erschwert – Konstellation führen regelmäßig zu Streitigkeiten zwischen den Verbliebenen.<sup>445</sup> Auch das Rollenbild des Intestate Succession Law ist eindeutig: Der Mann ist der Ernährer einer heteronormativ definierten Kleinfamilie. Dies ist am Wortlaut des Gesetzes ersichtlich, das nur auf dem ersten Blick geschlechtsneutral formuliert ist: Zwar spricht das Gesetz allgemein vom überlebenden Ehepartner (»spouse«) als Begünstigten neben den Kindern. »Erblasser« und Erbmasse werden aber durchgehend mit »he« und »his« umschrieben. Das Gesetz stellte offiziell vor allem eine Intervention in das Erbrecht matrilinearere Gesellschaften dar. Dort wird die Ehefrau (bzw. Ehefrauen) wie Kinder nicht als Teil der Familie des Mannes angesehen. Ihnen droht im Falle seines Todes unter Umständen sogar die Vertreibung aus dem familiären Haus.<sup>446</sup> In patrilinear organisierten Gesellschaf-

---

<sup>444</sup> Eine ähnliche Vorschrift fand sich bereits in Art. 32 Abs. 2 der Verfassung von 1979. Die Verfassung von 1992 unterscheidet nicht, ob der Verstorbene ein Testament hinterlassen hat oder nicht. Artikel 22 ist daher vom Anwendungsbereich deutlich weiter gefasst. Dies wird in Sec. 13 Wills Act aufgegriffen, der den Gerichten ermöglicht, auch bei Vorliegen eines anders lautenden Testaments dem überlebenden Ehepartner einen angemessenen Anteil an der Erbmasse zuzusprechen.

<sup>445</sup> Zu den möglichen Konstellationen und den Unzulänglichkeiten des Gesetzes: Fenrich/Higgins, 25 Fordham International Law Journal (2001), 259 (295 ff.).

<sup>446</sup> Vgl. Mensa-Bonsu, 8 Jahrbuch für Afrikanisches Recht (1994), 105 (106).



ten werden zwar die Kinder zur Familie des Ehemannes gezählt. Ehefrauen werden aber ebenfalls regelmäßig von der Erbmasse ausgeschlossen. Das begrenzte Rollenverständnis, in dem lediglich der Ehemann Vermögen für die Kleinfamilie erwirbt und verwaltet, führt – entgegen der offiziellen Zielsetzung des Gesetzes – etwa dazu, dass ökonomische Beiträge der Ehefrau (-en) vernachlässigt werden.<sup>447</sup>

Der Bruch, den das Intestate Succession Law gegenüber gewohnheitsrechtlichen Ordnungen darstellt, ließ schon früh Zweifel daran aufkommen, ob sich dessen Vorschriften erfolgreich umsetzen lassen würden.<sup>448</sup> Als Problem für die Rechtsmobilisierung werden häufig die mangelnde Kenntnis der Betroffenen, unzureichende Ressourcen und soziale Tabuisierung genannt.<sup>449</sup> Detaillierte quantitative Studien über die Umsetzung des Gesetzes existieren nicht. Das Intestate Succession Law steht dennoch nach wie vor im Ruf, außerhalb der staatlichen Gerichte kaum Beachtung zu finden.<sup>450</sup>

Neben dem bzw. den überlebenden Ehegatten und Kindern der verstorbenen Person nennt das Gesetz als potentielle Empfänger auch deren Eltern und den sogenannten gewohnheitsrechtlichen Erben (»customary successor«)<sup>451</sup>. Entgegen des allgemeinen Ziels, Gewohnheitsrechts zu ersetzen, findet sich hier also ein Verweis auf gewohnheitsrechtliche Normen, so dass ein rechtspluralistisches Element erhalten bleibt.<sup>452</sup> Die materielle Umfang der Begünstigung nach Gewohnheitsrecht ist allerdings durch die geringe prozentuale Beteiligung an der Erbmasse deutlich verringert. Gewohnheitsrecht bleibt für eine Reihe von Vorfragen auch im Zusammenhang des Intestate Succession Law von entscheidender Bedeutung. Dies betrifft beispielsweise die Frage, ob eine gewohnheitsrechtliche Ehe überhaupt wirksam geschlossen

---

<sup>447</sup> Nach Mensa-Bonsu sind deshalb gerade Frauen in polygamen Ehen mit dem Gesetz unzufrieden, da im Falle ihres Todes auch andere Ehefrauen und deren Kinder von ihrem Vermögen profitieren, vgl. Mensa-Bonsu, 8 Jahrbuch für Afrikanisches Recht (1994), 105 (109).

<sup>448</sup> Etwa Woodman, 29 Journal of African Law (1985), 118, (128).

<sup>449</sup> Gedzi, Principles and Practices of Dispute Resolution in Ghana, 2009, S. 94 f.

<sup>450</sup> Kritisiert werden die Umsetzungsdefizite etwa von Fenrich/Higgins, 25 Fordham International Law Journal (2001), 259 (295 ff.).

<sup>451</sup> Vgl. zum »gewohnheitsrechtlichen Erben«: Kludze, Modern Law of Succession in Ghana, 1988, S. 276 ff.

<sup>452</sup> Woodman, 29 Journal of African Law (1985), 118 (126).

wurde, ob es sich um Individualeigentum des Erblassers handelt oder ob ein gewohnheitsrechtliches Testament die Anwendung des Gesetzes ausschließt.

Ein weiteres wichtiges Gesetz im Bereich des Erbrechts ist der Wills Act aus dem Jahre 1971. Dessen Sec. 19 Abs. 3 legt zunächst fest, dass eine gewohnheitsrechtliche Verfügung von Todes wegen nicht durch das Gesetz berührt wird. Anders als das Intestate Succession Law führt der Wills Act also zu gesetzlich anerkannten alternativen Gestaltungsmöglichkeiten. Regelungen, die auch die Auslegung und Umsetzung gewohnheitsrechtlicher Verfügungen beeinflussen, enthält das Gesetz nicht. Dies zwingt staatliche Gerichte in der Praxis regelmäßig dazu, schwierige Abgrenzungsfragen zu beantworten. Nicht immer ist nämlich klar, was für eine Art von Testament erlassen werden sollte. Das Gesetz gibt nicht vor, wie die Abgrenzung durchzuführen ist.

#### 3.3.1.4 Der Matrimonial Causes Act von 1971 und die Ordinances

Auch für das Eherecht existieren staatliche Gesetze, die Einfluss auf die Rechtsprechung haben. Eheschließungen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern (oder vergleichbare Institute) sind in Ghana nicht möglich. Gesetzliche Vorschriften, die Rechte und Pflichten aufgrund einer nicht als Ehe geführten Beziehung begründen, existieren bislang nicht. Die Regelungsdichte unterscheidet sich hinsichtlich der Eheschließung und ihrer Scheidung.

In Ghana existierten verschiedene Gesetze und Verordnungen teilweise kolonialen Ursprungs, die Fragen der Eheschließung betreffen. Diese wurden seit dem Erlangen der Unabhängigkeit mehrfach geändert und schließlich im Marriages Act, 1884-1985 (Cap 127)<sup>453</sup> zusammengefasst. Ehen können nach wie vor nach den Regeln des Gewohnheitsrechts, islamischem Rechts oder der Marriage Ordinance geschlossen werden. Jede dieser Eheformen bringt unterschiedliche Rechte und Pflichten mit sich. Der erste Teil des Gesetzes – das ehemalige Customary Marriage and Divorce (Registration) Law, 1985,

---

<sup>453</sup> In deutscher Fassung abgedruckt bei Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 01.01.2007, S. 105 ff.

PNDCL 112 – ermöglicht die staatliche Registrierung gewohnheitsrechtlich geschlossener Ehen. Eine solche Registrierung ist jedoch kein Erfordernis für die Wirksamkeit oder staatliche Anerkennung einer nach Gewohnheitsrecht geschlossenen Ehe.<sup>454</sup> Entsprechende Registrierungen bilden in der Praxis nach wie vor die Ausnahme.<sup>455</sup> Teil II entspricht der reformierten Marriage of Mohammedans Ordinance – ursprünglich aus dem Jahre 1907 – und regelt die Registrierung von Ehen, die nach islamischen Recht geschlossen wurden. Dies stellt die einzige gesetzliche Regelung dar, die sich explizit auf islamisches Recht bezieht. Im Gegensatz zu gewohnheitsrechtlich geschlossenen Ehen ist die Registrierung für Eheschließungen nach islamischen Recht gemäß Sec. 27 (1) Marriages Act Voraussetzung für deren Wirksamkeit.<sup>456</sup> Diese Vorschriften kommen jedoch praktisch kaum zur Anwendung.<sup>457</sup> Außerdem werden die von muslimischen Einrichtungen in Accra ausgestellten Ehebescheinigungen staatlich anerkannt, obwohl diese nach dem Wortlaut nicht den Voraussetzungen des Gesetzes entsprechen. In Teil III des Gesetzes – ursprünglich die Marriage Ordinance von 1884 – werden die Voraussetzungen zur Schließung von kirchlichen und Zivilehen aufgeführt. Diese Ehen können entweder vor einem Standesbeamten oder vor einem staatlich anerkannten Geistlichen geschlossen werden. Eine Ordinance-Ehe ist im Gegensatz zu den anderen Eheformen zwingend monogam und gemäß Sec. 74 (1) (b) Marriages Act unter anderem dann unwirksam, wenn einer der Partner bereits nach Gewohnheitsrecht mit einer anderen Person verheiratet ist. Häufig werden die Eheformen auch kombiniert, indem etwa eine zunächst gewohnheitsrechtlich geschlossene Ehe später als kirchlich oder zivil registriert wird.<sup>458</sup> Treten hinsichtlich

<sup>454</sup> Das PNDCL 112 hatte die Registrierung noch bis zu einer Gesetzesänderung im Jahre 1991 für obligatorisch erklärt. Dies wurde aber ebenfalls nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung verstanden.

<sup>455</sup> Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 01.01.2007, S. 45.

<sup>456</sup> Dies wurde zur damaligen Marriage of Mohammedans Ordinance durch In Re Registration of Marriage between Byrotuhy and Ajyere: Ex parte Ali [1980] GLR, 872 ff. bestätigt.

<sup>457</sup> Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrsg.), Internationales Kindschafts- und Eherecht, Stand 01.01.2007, S. 46 f.

<sup>458</sup> Kuenyehia/Ofei-Aboagye, Family Law in Ghana and its Implication for Women, in: Kuenyehia/et al. (Hrsg.), Women & Law in West Africa, 1998, S. 25.

dieser späteren Ehe rechtliche Mängel zu Tage, bleibt die zuvor gewohnheitsrechtlich geschlossene Ehe wirksam, andernfalls wird sie umgewandelt, ohne dass dies als erneute Eheschließung verstanden wird. Umgekehrt kann der Status einer Ordinance-Ehe nicht durch eine (dieselbe Ehe betreffende oder weitere) gewohnheitsrechtliche Eheschließung geändert werden.<sup>459</sup> Eine neuerliche gewohnheitsrechtliche Eheschließung wird also – unabhängig von der Beurteilung im jeweiligen Gewohnheitsrecht – staatlich nicht anerkannt. Insbesondere weil Ordinance-Ehen monogam sein müssen, werden sie als Eheform beschrieben, die den Ehefrauen einen höheren sozialen Status verleihen.<sup>460</sup> Für sämtliche Formen der Eheschließung sieht der Children's Act aus dem Jahre 1998 (Act 560) in Sec. 14 (2) ein Mindestalter von 18 Jahren vor. Für Eheschließungen zwischen jüngeren Personen droht Sec. 15 strafrechtliche Sanktionen an. Ob die Ehe in diesem Fall unwirksam ist, wird nicht ausdrücklich geregelt. Von diesen Vorschriften abgesehen, enthält das Gesetz also keinerlei Vorschriften, die für sämtliche Eheformen gelten. Der Marriages Act wertet Ordinance-Ehen als »bessere« Eheform, wenn er festlegt, dass der vorhergehende gewohnheitsrechtliche Status einer Eheschließung durch sie verdrängt wird. Hiervon abgesehen, erkennt das Gesetz gewohnheitsrechtliche Ehen an, ohne weitere Vorschriften hinsichtlich dieser Eheform einzuführen. Auch die Wirksamkeitsvoraussetzungen für solche Ehen werden nicht aufgeführt. Damit lässt das Gesetz weitgehende Freiräume bezüglich der Regelung entsprechender Ehebeziehungen. Das staatliche Recht eröffnet zudem ein beschränktes Wahlrecht hinsichtlich verschiedener normativer Ordnungen. Dass die Mehrzahl der Ehen gewohnheitsrechtlich geschlossen werden, obwohl die Ordinance-Ehe auch gesellschaftlich meist höhere Anerkennung bedeutet, kann als Beleg für die Ungleichstellung der Geschlechter bei der Ausübung dieser Wahl verstanden werden.<sup>461</sup> Jedenfalls

---

<sup>459</sup> Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 01.01.2007, S. 50 f.

<sup>460</sup> Vgl. Kuenyehia/Ofei-Aboagye, Family Law in Ghana and its Implication for Women, in: Kuenyehia u.a. (Hrsg.), Women & Law in West Africa, 1998, S. 29.

<sup>461</sup> So Higgins/Fenrich, Customary Law, Gender Equality, and the Family, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), The Future of African Customary Law, 2011, S. 432 ff.

verdeutlicht der Umstand, dass die bloße Verfügbarkeit einer bestimmten rechtlichen Regelung nicht automatisch dazu führt, dass diese Norm von den durch sie Begünstigten auch gewählt wird.

Im Jahre 1971 wurde der Matrimonial Causes Act (MCA) erlassen, der die Voraussetzungen und Folgen einer Scheidung regelt.<sup>462</sup> Das Gesetz wird auf Ehen, die nach Gewohnheitsrecht geschlossen wurden, nur dann angewendet, wenn ein Ehepartner dies ausdrücklich beantragt. Ähnlich wie durch die Vorschriften des Wills Act wird also staatliches Recht als unverbindliche Alternative angeboten. Die Verabschiedung eines einheitlichen Ehegüterrecht wird seit Jahren diskutiert, ohne dass eine Einigung auf Inhalt und Umfang in Aussicht steht. Eine gewohnheitsrechtlich geschlossene Ehe kann also außergerichtlich nach Gewohnheitsrecht oder gerichtlich nach Gewohnheitsrecht oder Gesetzesrecht geschieden werden. Die meisten gewohnheitsrechtlichen Ehen werden außerhalb der Gerichte geschieden.<sup>463</sup> Grundsätzlich sind für Scheidungen nach dem Matrimonial Causes Act nur der High Court oder der Circuit Court zuständig (Sec 43 MCA), nicht also die District Courts der untersten Instanz. Diese institutionelle Zuordnung wird als ein Grund dafür angesehen, dass das Gesetz tatsächlich kaum auf gewohnheitsrechtlich geschlossene Ehen angewendet wird.<sup>464</sup> Auch in den höheren Instanzen werden aber Vorschriften, die der Gleichstellung von Ehefrauen dienen sollen (Sec. 20 MCA ermöglicht etwa, das Eigentum an einzelnen Vermögensgegenständen im Falle einer Scheidung zu übertragen), nur äußerst verhalten von den Gerichten angewendet. Eine Integration der verschiedenen Eheformen wird durch das Gesetz nicht bewirkt.

---

<sup>462</sup> Der MCA beruht in vielen Teilen auf dem englischen Divorce Reform Act aus dem Jahre 1969, vgl. Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 01.01.2007.

<sup>463</sup> Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 01.01.2007, S. 54. Die Voraussetzungen für eine solche Scheidung – also sowohl die in Frage kommenden Gründe als auch die Notwendigkeit eventueller Zeremonien oder Formalitäten – variieren je nach Gewohnheitsrecht.

<sup>464</sup> Wanitzek, *Third World Legal Studies* (1991), 75, (105 f.). Wanitzek stellt fest, dass staatliche Gerichte in einigen Entscheidungen versuchen, durch den Rückgriff auf die Sec. 21, 22 des MCA sowie auf Institute des englischen Common Law zu ausgewogeneren Ergebnissen zu gelangen, Wanitzek, Ghana, in: Bergmann/u.a. (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand 01.01.2007, S. 58.

### 3.3.1.5 Der Children's Act von 1998 (Act 560)

Der Children's Act (Act 560) wurde im Jahre 1998 erlassen. Hierdurch sollte nicht zuletzt den Verpflichtungen entsprochen werden, die sich aus der Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte des Kindes<sup>465</sup> und des entsprechenden Auftrags in Art. 28 der Verfassung ergaben. Vorbild für die ghanaische Gesetzgebung war dabei in weiten Teilen der englische Children Act aus dem Jahre 1989.<sup>466</sup> Die Bestimmungen des Children's Act sind allgemein anwendbar. Sie verdrängen damit abweichendes Gewohnheitsrecht oder Common Law. Anders als der Intestate Succession Act gibt das Gesetz aber keine detaillierten Rechtsfolgen vor, sondern arbeitet eher mit Generalklauseln. Gemäß Sec. 2 Children's Act hat beispielsweise das Kindeswohl-Prinzip in allen Angelegenheiten Vorrang, die ein Kind<sup>467</sup> betreffen. Daneben weist der Children's Act den biologischen Eltern eine besondere Rolle in Hinsicht auf deren Erziehung zu. Dies eröffnet ein gewisses Spannungsfeld zu den meisten gewohnheitsrechtlichen Ordnungen, in denen etwa die biologische Vaterschaft oft nur eine untergeordnete Rolle. In der Praxis ist die Umsetzung des Children's Acts bislang allerdings noch nicht weit vorangeschritten. Dies gilt auch für die Anwendung durch die Gerichte, die zwar bereits vor dem Erlass des Gesetzes mit der Kindeswohlmaxime argumentierten und diese als wichtigsten Grundsatz beispielsweise in Sorgerechts-Streitigkeiten bezeichneten,<sup>468</sup> konkrete Einzelschriften des Gesetzes aber oft ignorieren.

Die staatliche Gesetzgebung versucht also teilweise, Gewohnheitsrechte zu verdrängen, erkennt diese teilweise an und bietet der Bevölkerung zum Teil einen alternativen rechtlichen Rahmen an. Sie lässt den Gerichten – von den Detailregelungen des Intestate Succession Act abgesehen – weite Ermessensspielräume bei der Anwendung von

---

<sup>465</sup> Convention on the Rights of the Child vom 20. November 1989, abrufbar unter: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en) (zuletzt abgerufen am 29.05.2014).

<sup>466</sup> Laird, 32 British Journal of Social Work (2002), 893 (894 f.).

<sup>467</sup> Für den Anwendungsbereich des Gesetzes wird Kind in Sec. 1 Children's Act als Person unter 18 Jahren definiert. Diese Definition, die sich nach den Vorgaben von Art. 28 (5) der Verfassung und Art. 1 der UN-Konvention richtet, weicht vom Interpretation Act ab, der in Sec. 21 eine Altersgrenze von 21 Jahren festlegt.

<sup>468</sup> Zu dieser Maxime bereits: Antwi v. Antwi [1962] 1 GLR, 321 ff.

Gewohnheitsrecht. Neben diesen gesetzlichen Vorgaben wird die staatliche Rechtsprechung auch vom organisatorischen Rahmen beeinflusst.

### 3.3.2 Das institutionelle Setting

Staatliche Gerichte sind nicht die einzigen Institutionen, in denen Recht gesprochen wird. Die wichtigsten Akteure »jenseits« der staatlichen Ordnung sind die traditionellen Autoritäten. Obwohl diese in der Spätkolonialzeit und insbesondere unter der Regierung Nkrumahs aus dem offiziellen Gerichtssystem weitgehend verdrängt wurden, ist ihre Rechtsprechung in Ghana noch immer von großer Bedeutung und als Schiedsgerichtsbarkeit (»arbitration«) auch durch den Staat anerkannt. Die »Chiefs« sind außerdem in semi-staatlichen Institutionen, den »Houses of Chiefs«, organisiert. Diese dienen vor allem dazu, Nachfolgestreitigkeiten um traditionelle Ämter zu klären. Den Houses kommt aber auch eine offizielle Bedeutung hinsichtlich der Bestimmung von Gewohnheitsrecht zu. Zwar werden die »Chiefs« von den staatlichen Gerichten auch als Konkurrenz wahrgenommen. Gleichzeitig stellen sie aber die wichtigsten Partner im Umgang mit Gewohnheitsrecht dar und erfahren so eine deutliche Privilegierung gegenüber anderen Akteuren.

#### 3.3.2.1 Das staatliche Gerichtssystem

Der derzeitige Gerichtsaufbau in Ghana beruht auf dem »Courts Act« (Act 459) von 1993. An der Spitze der Judikative stehen die »Superior Courts of Justice«. Der Supreme Court – gleichzeitig Verfassungsgericht und höchste Revisionsinstanz – und der Court of Appeal haben beide ihren Sitz in Accra. Erst im Dezember 2008 wurde ein weiterer Court of Appeal in Kumasi, der Hauptstadt der Ashanti Region, eröffnet, um das staatliche Gerichtssystem zu dezentralisieren. Hinzu kommen die High Courts, die in den Hauptstädten der 10 Regionen angesiedelt sind. Diese sind Revisionsinstanz gegen Urteile der unteren Gerichte. Außerdem kommt ihnen gemäß Artikel 140 Abs. 1 der Verfas-

sung eine Allzuständigkeit als erstinstanzliche Gerichte zu.<sup>469</sup> Ausgenommen hiervon sind allerdings Fragen in Chieftaincy-Angelegenheiten.<sup>470</sup> Diese Struktur der obersten Instanzen blieb seit Erlangen der Unabhängigkeit im Jahre 1957 bis auf wenige Ausnahmen erhalten.<sup>471</sup>

Auf lokaler Ebene wurde das Gerichtssystem dagegen wiederholt und mit unterschiedlichem Umfang reformiert. Regelmäßig führten solche Neuerungen auch zu Namensänderungen der entsprechenden Gerichte. Seit der letzten Reform im Jahre 2002 werden die unteren Gerichte als Circuit Courts und Districts Courts bezeichnet. Im Jahr 2005 gab es 57 Richterinnen und Richter an den Circuit Courts und 79 an den District Courts.<sup>472</sup> Aus Mangel an ausgebildetem Fachpersonal war die Rechtsprechung dieser »Lower Courts of Justice« lange Zeit durch eine besondere Einbindung von Laien geprägt. Mit der letzten Reform wurde diese Einbeziehung weitgehend abgeschafft. Zugleich wurden an der Ghana School of Law ein Schnellkurs eingeführt, in dem innerhalb von zwei Jahren die sogenannten Magistrates der Circuit Courts ausgebildet werden. Die Teilnehmerinnen und Teilnehmer müssen nicht zuvor die juristische Fakultät der Universität von Ghana besucht haben. Die Magistrates werden durch regelmäßige Rotation an verschiedenen Orten eingesetzt.<sup>473</sup> Diese Praxis dient dazu, Korruption vorzubeugen und die Neutralität der Gerichte in den Verfahren zu bewahren. Sie hat allerdings zur Folge, dass in den unteren Gerichte nur bedingt eine Expertise in Hinsicht auf die lokalen Ordnungen und sozialen Praktiken ausgebildet werden kann, obwohl sie besonders

---

<sup>469</sup> Sec. 15 (1) (a) Courts Act.

<sup>470</sup> Bis zur Verfassung von 1992 war dies nicht eindeutig geregelt. Einzelne High Courts erklärten sich daher auch für Chieftaincy-Fragen zuständig. Der Wortlaut in Artikel 140 Abs. 1 der Verfassung von 1992 spricht den High Courts »jurisdiction in all matters« zu. Der Supreme Court legte jedoch fest, dass sie für Chieftaincy-Angelegenheiten nicht zuständig sind, vgl. Kludze, 42 *Journal of African Law* (1989), 37 ff.

<sup>471</sup> In der Zeit von 1972 bis 1979 wurde der Supreme Court aufgelöst. Seine Funktion als höchste Appellationsinstanz nahm in dieser Zeit der Court of Appeal ein, indem er als »Full Court« zusammenkam, d.h. das entscheidende Kollegium aus sämtlichen Richterinnen und Richtern gebildet wurde.

<sup>472</sup> Judicial Service of Ghana, Annual Report, 2005/2006, S. 22 ff. Weil es zu wenige Magistrates gibt, sitzen zum Teil Circuit Court Judges in den District Courts. Außerdem halten einige Magistrates in mehr als einem District Gerichtssitzungen ab.

<sup>473</sup> Interview, Richter, District Court, Pokuase (Greater Accra), 22.11.2007.



nah an den jeweiligen Konflikten sind. Denn oft bleiben die lokalen Gepflogenheiten den Richterinnen und Richtern fremd.

Fremdheit ist auch ein Attribut, mit dem das Verhältnis von staatlicher Gerichtsbarkeit zur Bevölkerung beschrieben wird.<sup>474</sup> Staatliche Gerichte sind in dieser Beschreibung Einrichtungen, deren Symbolik, Sprache und Vorstellungen insbesondere auf die ländliche Bevölkerung nach wie vor befremdlich wirken. Diese Gegenüberstellung einer kleinen städtischen Bildungselite und der ländlichen und bildungsfernen Bevölkerungsmehrheit und die damit verbundene Annahme, dass Gewohnheitsrechte heutzutage vor allem im ländlichen Bereich von Bedeutung sind, während sie in der Stadt durch staatliches Recht verdrängt wurden, sind allerdings nicht unproblematisch. Die Distanz zu staatlichen Gerichten wächst in solchen Gegenüberstellungen in dem Maße, indem auch die geographische Entfernung zunimmt. Bildung und Einkommen – als für die Nutzbarkeit staatlicher Gerichte entscheidende Faktoren – nehmen dabei mit zunehmender räumlicher Distanz zur Stadt ab. Selbst wenn erhebliche Unterschiede zwischen ländlicher und städtischer Bevölkerung bezüglich des Zugangs zu staatlichem Recht bestehen, ist diese Gegenüberstellung zu einfach.<sup>475</sup> Auch in den urbanen Zentren ist die Mehrheit der Menschen bildungsfern und arm. Außerdem erhalten sich Bindungen an Traditionen oftmals trotz westlicher Bildung und überdurchschnittlichen Einkommens. Empirische Untersuchungen legen zudem nahe, dass die Distanz der Bevölkerung zu staatlichen Gerichten nicht immer so stark ausgeprägt ist, wie vielfach angenommen wird: Staatliche Gerichte werden durchaus als Alternative wahrgenommen, wenn sie Vorteile bieten, um die eigenen Interessen durchzusetzen. Dennoch gibt es – insbesondere im ländlichen Raum, aber auch in den Städten – Faktoren, die eine Anrufung staatlicher Gerichte erheblich erschweren. An erster Stelle ist hier die Dauer der jeweiligen Verfahren zu nennen. Hinzu kommt, dass sich – gerade mit zunehmender Dauer – die Kosten für ein Verfahren potenzieren. Dies gilt besonders, wenn eine anwaltliche Vertretung in Anspruch genommen wird. So legen empiri-

---

<sup>474</sup> Etwa Schmid, 46 *Journal of Legal Pluralism* (2001), 1 (9).

<sup>475</sup> Siehe etwa Crook/u.a., *The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire*, 2007, S. 48 ff.

sche Untersuchungen nahe, dass der Kostenfaktor auf der erstinstanzlichen Ebene weniger hindernd wirkt als bei der Frage, ob gegen nachteilige Entscheidungen staatlicher Gerichte der volle Instanzenweg ausgeschöpft wird.<sup>476</sup> Neben diesen materiellen Hindernissen unterliegt die Wahl einer Gerichtsbarkeit auch sozialen Beschränkungen. Die Anrufung staatlicher Gerichte wird nicht zuletzt deshalb in bestimmten Bereichen vermieden, weil persönliche Konflikte hierbei in die Öffentlichkeit getragen werden. Insbesondere bei Familienangelegenheiten wird dies oftmals nur ungern in Kauf genommen.<sup>477</sup> Nicht selten üben Familienverbände einen erheblichen Druck auf einzelne Mitglieder aus und verhindern so, dass interne Konflikte vor staatlichen Gerichten ausgetragen werden. Das staatliche Gerichtssystem wird von der Bevölkerungsmehrheit außerdem als korrupt wahrgenommen.<sup>478</sup> Schließlich ist auch der Inhalt des Rechts wichtig, wenn es darum geht, inwieweit staatliche Gerichte als Alternative wahrgenommen werden. Neben der Verständlichkeit von Recht und Verfahren spielt dabei auch die Frage eine Rolle, wen staatliches Recht begünstigt. Das Selbstverständnis staatlichen Rechts als egalitäre Ordnung führt dabei zu der Vermutung, dass gerade diejenigen staatliche Gerichte anrufen, die in anderen Foren wenig Einfluss auf die Entscheidungsfindung haben. Regelmäßig werden Frauen und Zugezogene bzw. Fremde in einer Gesellschaft als Personengruppen genannt, die im Rahmen traditioneller Streitschlichtung benachteiligt werden.<sup>479</sup> Die wenigen empirischen Arbeiten zu diesem Thema liefern allerdings

---

<sup>476</sup> Ebd.

<sup>477</sup> So das Ergebnis der Untersuchungen bei Gedzi, *Principles and Practices of Dispute Resolution in Ghana*, 2009, S. 140 ff., S. 154. Anders dagegen Crook/u.a., *The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire*, 2007, S. 45 f., die feststellen, dass Familienangelegenheiten mehr als die Hälfte der von ihnen untersuchten Gerichtsfälle ausmachen.

<sup>478</sup> Es gibt kaum Forschung dazu, wie weit Korruption in den Gerichten tatsächlich verbreitet ist und welche Formen sie hier genau annimmt, vgl. aber den Bericht der Ghana Integrity Initiative: Ayine, *Report on Judicial Corruption Monitoring Exercise*, 2007, insb. S. 14 ff. Bereits der Ruf einer Institution, im besonderen Maße durch Praktiken der Korruption geprägt zu sein, kann abschrecken und eine Anrufung verhindern.

<sup>479</sup> Vgl. Gedzi, *Principles and Practices of Dispute Resolution in Ghana*, 2009, S. 140 ff., der aber auch feststellt, dass aus finanziellen Gründen oder wegen sozialen Drucks trotz dieser Präferenz oft nicht-staatliche Streitschlichtungsmechanismen in Anspruch genommen werden.

keinen klaren Hinweis darauf, dass diese Gruppen tatsächlich staatliche Gerichte bevorzugen.<sup>480</sup>

Weitgehend ungeklärt ist schließlich die Frage, ob und wie die Entscheidungen staatlicher Gerichte umgesetzt werden. Die Zuwiderhandlung bzw. Missachtung einer Gerichtsentscheidung kann als »Contempt of Court« strafrechtlich geahndet werden (Sec. 10 des Criminal Code, Act 29).<sup>481</sup> Auf diesem Wege ist eine Zwangsdurchsetzung von Gerichtsurteilen, gegebenenfalls mit Unterstützung der Polizei oder anderen staatlichen Einrichtungen möglich. Ein solches Vorgehen stellt aber einen noch weit stärkeren Eingriff in die lokale Ordnung dar als das Beschreiten des staatlichen Rechtswegs. Dennoch wurde in Befragungen gerade die bessere Durchsetzung erlangter Titel als maßgeblicher Grund für den Vorzug eines staatlichen Gerichts gegenüber alternativen Formen der Streitschlichtung angegeben.<sup>482</sup> Es bleiben jedoch Zweifel, ob die Durchsetzung eines vor einem staatlichen Gericht festgestellten Titels ohne Weiteres möglich ist. In vielen Fällen dürfte dies von den jeweiligen lokalen Machtkonstellationen abhängen. Ein Mitarbeiter des Ministeriums für Chieftaincy-Angelegenheiten beschrieb die Schwierigkeiten der Umsetzung mit folgenden Worten:

»Sometimes the highest court in Ghana, the Supreme Court, gives adjudication in the case between two parties and the party that wins nonetheless cannot go. Because if you go they may kill you. And so he wins the judgement but he sits in Accra or somewhere else. And I think that is a mockery of the legal

---

<sup>480</sup> Die einzige größere quantitative Untersuchung konnte nicht belegen, dass das Geschlecht einen Einfluss auf das Vertrauen in verschiedene Streitschlichtungsforen hat, vgl. Crook/u.a., *The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire*, 2007, S. 87. Dies kann jedoch auch damit begründet werden, dass Frauen in Ghana sowohl in nicht-staatlichen wie auch in staatlichen Gerichten benachteiligt werden. Zudem bleibt angesichts des oft erheblichen sozialen Drucks – etwa durch Familienangehörige – wie viel Wahlmöglichkeit überhaupt besteht.

<sup>481</sup> Im Gegensatz zu anderen Ländern beruhen die Einzelheiten des Straftatbestands in Ghana nach wie vor auf Fallrecht, vgl. etwa *Republic v Numapau; Ex Parte Ameyaw II and Others* 1 GLR [1999-2000], 283 ff.

<sup>482</sup> Crook/u.a., *The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire*, 2007, S. 46 f.

system. I think the legal system is just making itself laugh-  
able.«<sup>483</sup>

Mit weniger drastischen Worten, aber in der Sache ähnlich, beschrieb ein ehemaliger Richter des Supreme Courts die Schwierigkeit, auf die Nichtbeachtung eines staatlichen Urteils zu reagieren:

»You can bring contempt proceedings against them. But normally you don't.«<sup>484</sup>

### 3.3.2.2 Die Bedeutung der »Chiefs« und ihrer Rechtsprechung

Neben den staatlichen Gerichten existieren verschiedene nicht-staatliche Institutionen zur Streitschlichtung, zum Beispiel Familien- und Ältestenräte. Von besonderer Bedeutung sind lokale Gerichte unter dem Vorsitz traditioneller Autoritäten, denen in Ghana – dem »Land der Chiefs«<sup>485</sup> – im Alltag nach wie vor eine besondere Bedeutung zukommt. Die Institution der Chieftaincy ist tief im kulturellen Selbstverständnis der ghanaischen Gesellschaft verankert. Oft wird betont, dass die Existenz der »Chiefs« einen essentiellen Bestandteil ghanaischer Identität ausmacht.<sup>486</sup> Mindestens ebenso oft wird aber auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die das Fehlverhalten individueller Amtsinhaber und die oftmals gewaltsame Auseinandersetzung um die Besetzung bestimmter Ämter mit sich führen.<sup>487</sup> Es muss deshalb zwischen der Beurteilung der Institution »Chieftaincy« und individueller Amtsinhaber unterschieden werden. Die »Chiefs« verstehen sich vor allem als Bewahrer der Tradition – ein Selbstverständnis, das eng mit ihrer sakralen Rolle als Vermittler zu den Vorfahren der

---

<sup>483</sup> Interview, Mitarbeiter des Ministry of Chieftaincy Affairs, Accra, 12.11.2007.

<sup>484</sup> Interview, ehemaliger Supreme Court Richter, Accra, 13.11.2007.

<sup>485</sup> Ubink, *In the Land of the Chiefs*, 2008.

<sup>486</sup> Vgl. beispielsweise die Beiträge in Odotei/Awedoba (Hrsg.), *Chieftaincy in Ghana*, 2006.

<sup>487</sup> Die – teilweise widersprüchlichen – Ergebnisse einer größeren Umfrage zur Bedeutung von traditionellen Autoritäten findet sich bei Abotchie/u.a., *Perceptions on Chieftaincy*, in: Odotei/Awedoba (Hrsg.), *Chieftaincy in Ghana*, 2006, S. 103 ff. Aus dieser Darstellung ist nicht ganz ersichtlich, wie repräsentativ deren Ergebnisse sind.

jeweiligen Gemeinschaft zusammenhängt. Sie sind aber auch einflussreiche Akteure im Verhältnis zum postkolonialen Staat, sei es als »vote-brokers«, deren Unterstützung für politische Akteure bis in die höchsten Ämter wichtig ist, sei es als Partner bei der Implementierung diverser Entwicklungsprojekte. Dabei bilden die traditionellen Autoritäten ihrerseits eine äußerst heterogene Elite. Es gibt beispielsweise erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen hierarchischen Ebenen. Die Einflussmöglichkeiten einzelner »Chiefs« sind zudem von ihrer Person und Amtsführung abhängig sowie davon, um welche Gesellschaft es sich handelt.

Große Teile der ghanaischen Gesellschaft identifizieren sich im besonderen Maße mit ihren traditionellen Autoritäten. Diese hervorgehobene Stellung spiegelt sich auch in den Vorgaben der Verfassung wider, deren Art. 270 ff. die Institution der Chieftaincy garantieren und ihren institutionellen Rahmen »as established by customary law and usage« (Art. 270 Abs. 1) festlegen. Art. 270 der Verfassung verbietet jedwede staatliche Einmischung in die personelle Besetzung traditioneller Ämter. Die besondere Bedeutung dieser Vorschrift zeigt sich auch daran, dass sie nur unter erschwerten Bedingungen abgeändert werden kann.<sup>488</sup> Gleichzeitig wird das Land durch zahlreiche, oftmals gewalttätige Nachfolgestreitigkeiten zwischen verschiedenen Anwärtern, Familien und Fraktionen erschüttert.<sup>489</sup> Nicht selten sind traditionelle Ämter wegen solcher Streitigkeiten über Jahre nicht besetzt. Außerdem geraten einzelne »Chiefs« immer wieder durch eigennützige Misswirtschaft in Kritik, beispielsweise bei der Landvergabe.<sup>490</sup> Jüngere Untersuchungen legen nahe, dass verschiedene traditionellen Kontrollinstanzen und die Möglichkeit der Absetzung (»destool-

---

<sup>488</sup> So ist neben der Konsultation verschiedener Institutionen (darunter das National House of Chiefs) ein Referendum abzuhalten, in dem sich mindestens 75 % der Bevölkerung für die Änderung aussprechen müssen, vgl. Art. 290 der Verfassung.

<sup>489</sup> Wie viele solcher Konflikte existieren ist nicht bekannt. Als »Chieftaincy Dispute« kann jeder Streit über die legitime Besetzung und Ausübung eines traditionellen Amtes verstanden werden. Solche Streitigkeiten ziehen sich oftmals über Jahrzehnte hin und reichen von nur potentiell gewaltsamen Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen familiären Fraktionen hin zu inter-ethnischen Konflikten wie den Kriegen im Norden Ghanas. Ray analysiert exemplarisch 6 solcher Streitigkeiten in Ray, 37-38 *Journal of Legal Pluralism* (1996), 181 (193 ff.).

<sup>490</sup> Solche Landstreitigkeiten entladen sich nicht selten gewalttätig, vgl. Ubink, *In the Land of the Chiefs*, 2008, S. 146.

ment«), die ursprünglich eine verantwortungsvolle und gemeinwohlorientierte Amtsführung traditioneller Autoritäten gegenüber ihren Gemeinschaften garantieren sollten, heutzutage oft nur unzureichend funktionieren.<sup>491</sup> Außerdem ist das Verhältnis zwischen Staat und traditionellen Autoritäten nach wie vor problematisch. Dies betrifft Herausforderungen, denen schon die britische Kolonialverwaltung bei ihrer Form der intermediären Herrschaftsausübung durch die »Indirect Rule« begegnete. Die Frage, wie dieses Verhältnis am besten ausgestaltet werden kann, ist nach wie vor nicht beantwortet.<sup>492</sup> Problematisch ist dabei vor allem, dass traditionelle Autoritäten sämtliche Gewalten – die als Legislative, Exekutive und Judikative im modernen Staat weitestgehend getrennt sind – in sich vereinen. Außerdem konkurrieren die »Chiefs« und staatliche Akteure nicht nur um Souveränität, sondern berufen sich hierbei auch auf unterschiedliche Legitimationsquellen.<sup>493</sup>

Es existieren nur wenige empirische Untersuchungen darüber, wie nicht-staatliche Streitschlichtungsverfahren heutzutage durchgeführt werden und in welchem Verhältnis sie zur Rechtsprechung staatlicher Gerichte stehen.<sup>494</sup> Teilweise deuten diese darauf hin, dass das Verfahren vor staatlichen Gerichten in der Gerichtsbarkeit der »Chiefs« – etwa in Hinsicht auf Zeugenvernehmungen – zu einem gewissen Grad adaptiert wird.<sup>495</sup> Die Bedeutung materiellen staatlichen Rechts

---

<sup>491</sup> Ubink, In the Land of the Chiefs, 2008, S. 173 f. führt beispielsweise an, dass Amtsenthobungsverfahren ohnehin nur von den jeweiligen Eliten, insbesondere Ältestenräten, initiiert werden können. Entscheidungen über solche Anträge treffen wiederum nur die Traditional Councils, die ausschließlich mit Chiefs besetzt sind. Andere Formen des Widerstands gegen die Amtsführung eines traditionellen Herrschers sind dagegen oftmals von Gewalt geprägt.

<sup>492</sup> Art. 60 Abs.3, 62, 78 Abs. 1, 79 Abs. 2, 94 Abs. 3c, 95 Abs. 1 und 96 Abs. 1a verbieten beispielsweise, dass traditionelle Autoritäten die höchsten staatlichen Ämter bekleiden.

<sup>493</sup> Ray, 37-38 Journal of Legal Pluralism (1996), 181 (184).

<sup>494</sup> Mit der Frage des Verhältnisses verschiedener Gerichte zueinander und der Sicht, die die jeweiligen Beteiligten auf diese Foren haben, beschäftigen sich Crook/u.a., The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire, 2007, S. 87 und Gedzi, Principles and Practices of Dispute Resolution in Ghana, 2009. Beide Untersuchungen betonen allerdings, dass ihre Ergebnisse nicht zwangsläufig repräsentativ sind und daher nur bedingt auf andere Gebiete in Ghana übertragen werden können.

<sup>495</sup> Gedzi, Principles and Practices of Dispute Resolution in Ghana, 2009, S. 195. Auch die von ihm genannten Aspekte der Eidesleistung vor traditionellen Autoritäten

scheint in diesen Foren dagegen eher begrenzt zu sein. Die Rechtsprechung durch traditionelle Autoritäten findet nach wie vor weitgehend Zustimmung in der Bevölkerung.<sup>496</sup> Ein wichtiger Grund hierfür ist, dass Verfahren vor traditionellen Autoritäten deutlich schneller durchgeführt werden als vor staatlichen Gerichten. Verschiedene Untersuchungen legen allerdings nahe, dass Rechtssuchende bewusst zwischen den Vor- und Nachteilen verschiedener Foren abwägen. Kritisiert wird eher das administrative Handeln der »Chiefs«, insbesondere im Bereich der Landvergabe. Gerade hier kommt es nicht selten vor, dass »Chiefs« selbst an Streitigkeiten beteiligt sind oder zumindest ein erhebliches Interesse an deren Ausgang haben. Dabei handelt es sich bei den traditionellen Streitschlichtungsverfahren nicht um Mediation, sondern eher um eine Form der Schiedsgerichtsbarkeit, in der die »Chiefs« verbindliche Entscheidungen treffen. Diese Verfahren variieren erheblich je nach Gesellschaft und hierarchischer Stellung der jeweiligen Autoritäten. Entsprechende Unterschiede zeigen sich auch hinsichtlich der Akzeptanz der jeweiligen Foren. So finden traditionelle Autoritäten auf dörflicher Ebene oftmals höheren Zuspruch als die hierarchisch höher stehenden »Paramount Chiefs«.<sup>497</sup>

Wichtigstes Gesetz, das das Verhältnis zwischen Staat und traditionellen Autoritäten regelt, ist der Chieftaincy Act, der zuletzt im Jahre 2008 mit dem Inkrafttreten von Act 759 reformiert wurde. Das vorherige Gesetz aus dem Jahre 1971 war zwar mehrfach ergänzt und modifiziert worden. Es stammte aber noch aus einer Zeit, in der staatliche Institutionen unmittelbar Einfluss auf die persönliche Besetzung traditioneller Ämter nahmen bzw. die Berufung in ein solches Amt durch den Staat bestätigt werden musste. Angesichts der weiteren Entwick-

---

und deren Form der Beratung weisen Parallelen zur staatlichen Gerichtsbarkeit auf.

<sup>496</sup> Ubink, *In the Land of the Chiefs*, 2008, S. 142.

<sup>497</sup> Crook/u.a., *The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire*, 2007, S. 81 ff. Auch das Verfahren weist einen ganz unterschiedlichen Charakter auf, je nachdem, ob es auf dörflicher Ebene oder beispielsweise vor einem »Paramount Chief« stattfindet. Gerade bei letzteren kann schwerlich von einem informellen Verfahren gesprochen werden. Außerdem stellte sich in dieser Studie heraus, dass Migranten deutlich weniger Vertrauen in die Streitschlichtung durch die ansässigen Autoritäten haben als andere Gemeinschaftsmitglieder.

lung – die Verfassung von 1992 folgt weitgehend derjenigen aus dem Jahre 1979 und verbietet eine solche Einflussnahme – war eine Reform erforderlich. Den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend sieht das Gesetz daher zunächst vor, dass staatliche Stellen nicht auf die Besetzung traditioneller Ämter einwirken dürfen. Darüber hinaus erklärt das Gesetz die Beleidigung eines »Chiefs« zu einem Straftatbestand.<sup>498</sup> Dies illustriert, wie sehr sich die staatliche Anerkennung traditioneller Autoritäten seit den Tagen Nkrumahs verändert hat. Auf eine weitergehende Regelung des Verhältnisses zwischen traditionellen Autoritäten und staatlichen Institutionen wurde verzichtet. Deshalb nimmt auch die Schiedsgerichtsbarkeit der »Chiefs« im staatlichen Recht eine ambivalente Stellung ein. Seit einigen Jahren wird immer wieder gefordert, die Rechtsprechung durch traditionelle Autoritäten stärker anzuerkennen, zu fördern und in das System staatlicher Gerichtsbarkeit zu integrieren.<sup>499</sup> Der Chieftaincy Act erkannte bis zur jüngsten Reform im Jahre 2008 jedoch nur Entscheidungen in Chieftaincy-Streitigkeiten offiziell an. Inwiefern die Rechtsprechung durch traditionelle Autoritäten in anderen Gebieten zuvor offiziell verboten war, ist nicht ganz klar. In der revidierten Fassung des Gesetzes wird die Schiedsgerichtsbarkeit zwar durch Sec. 30 des Courts Act ausdrücklich anerkannt und ihr Fortbestand garantiert.<sup>500</sup> Vorschriften zur Ausgestaltung der Verfahren und zu ihrem Verhältnis zur staatlichen Rechtsprechung wurden jedoch nicht erlassen. Erst im Jahr 2010 wurde der Alternative Dispute Resolution Act (ADR Act, Act 798) verabschiedet. Das Gesetz reguliert verschiedene nicht-gerichtliche Streitschlichtungsmechanismen. Der dritte Teil des Gesetzes (Sec. 89 bis 113) enthält Vorschriften zu gewohnheitsrechtlichen Schiedsge-

<sup>498</sup> Gemäß Sec. 63 des Chieftaincy Acts kann eine solche Beleidigung mit einer Geldstrafe und/oder einer Freiheitsstrafe von bis zu 3 Monaten bestraft werden.

<sup>499</sup> Siehe etwa die Forderungen des damaligen Chief Justice Acquah, *The Judicial Role of the Chief in Democratic Governance*, in: Odotei/Awedoba (Hrsg.), *Chieftaincy in Ghana*, 2006, S. 75. Ähnlich Abotsie/Galizzi, *Traditional Institutions and Governance in Modern African Democracies*, in: Fenrich/Galizzi/Higgins, *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 288.

<sup>500</sup> Auch andere Gesetze gingen bereits vor Erlass des reformierten Chieftaincy Acts von der Existenz informeller Verfahren zur Streitschlichtung aus. So schreibt Sec. 21 Abs. 1 des Intestate Succession Law beispielsweise dessen Anwendung für alle Streitigkeiten vor, die vor einem Gericht oder einem »Chief« oder Familienoberhaupt anhängig ist.



richtsverfahren. Auch wenn das Gesetz an keiner Stelle »Chiefs« explizit erwähnt, ist davon auszugehen, dass hiermit nicht nur familieninterne Schlichtungsverfahren, sondern auch die Rechtsprechung traditioneller Autoritäten betroffen ist.<sup>501</sup> Einerseits erfolgt hierdurch eine staatliche Anerkennung und Legitimierung nicht-staatlicher Konfliktlösung. Gleichzeitig betont das Gesetz die übergeordnete Stellung staatlicher Rechtsprechung. Außerdem sieht es (entsprechend den Grundsätzen über Schiedsgerichtsbarkeit im Wirtschaftsverkehr) vor, dass die Parteien weitgehenden Einfluss über den Konflikt behalten und u.a. den Schiedsrichter bzw. die Schiedsrichterin auswählen können. Damit wäre eine nicht unerhebliche Begrenzung der Macht traditioneller Autoritäten verbunden. Es gibt bislang keine empirischen Untersuchungen zur Umsetzung des Gesetzes und seines Einflusses auf die Rechtsprechung der »Chiefs«.

### 3.3.2.3 Das semi-staatliche System traditioneller Rechtsprechung

Für den Bereich der Chieftaincy-Angelegenheiten, also für die Rechtsprechung »in eigenen Sachen«, insbesondere bei Auseinandersetzungen über Nachfolge- und Enthebungsverfahren, wurden schon zu Kolonialzeiten vergleichsweise detaillierte gesetzliche Vorschriften erlassen. Seit der Unabhängigkeit hat sich dabei zunehmend das Prinzip staatlicher Nichteinmischung durchgesetzt. Gleichzeitig wurde ein institutioneller Rahmen entwickelt, der das Verhältnis zwischen Staat und »Chiefs« klären soll. Neben den staatlichen Gerichten existiert ein dreistufiges, hierarchisches System semi-staatlicher Institutionen, in denen die »Chiefs« zusammenkommen. Es handelt sich um vom Staat ins Leben gerufene und unterhaltene Institutionen, in denen traditionelle Autoritäten nach Gewohnheitsrecht entscheiden. Auf der untersten Stufe stehen 193 »Traditional Councils«.<sup>502</sup> Diese werden vom jeweiligen »Paramount Chief« des Gebietes geleitet und sind mit weiteren untergeordneten »Chief« besetzt.<sup>503</sup> Diese Councils dürfen

---

<sup>501</sup> Vgl. zum ADR Act: Onyema, 28 *Arbitration International* (2012), S. 101 ff.

<sup>502</sup> Anamzoya, *Working behind the Scenes*, 2008, S. 20. Allerdings tagen viele dieser Traditional Councils wegen unzureichender Finanzierung nur sehr unregelmäßig.

<sup>503</sup> Nach Anamzoya, *Working behind the Scenes*, 2008, S. 20, gab es im Jahre 2007 in Ghana insgesamt 255 »Paramount Chiefs«.

nur über traditionelle Ämter entscheiden, die unter der Stufe eines »Paramount Chiefs« stehen. Als Revisionsinstanz existiert in jeder der 10 Verwaltungsregionen Ghanas ein »Regional House of Chiefs«, in dem die »Paramount Chiefs« der Region zusammenkommen. Diese dienen zugleich als erstinstanzliches Forum für Konflikte zwischen verschiedenen »Paramount Chiefs« bzw. um ein entsprechendes Amt. An oberster Stelle steht das »National House of Chiefs«, das in Kumasi tagt. Sämtliche Instanzen dieser semi-staatlichen Einrichtungen werden vom Gesetz mit den niederen Gerichten – den Circuit und District Courts – gleichgesetzt (vgl. Sec. 39 Courts Act). Gerade für die höheren Instanzen der Regional Houses und des National House of Chiefs existieren Verfahrensvorschriften, die an das Verfahren vor staatlichen Gerichten angelehnt sind. Die Häuser sitzen nicht mit allen Mitgliedern zu Gericht, sondern bilden hierfür sogenanntes »Judicial Committees« (Art. 273 der Verfassung). Diese sind mit 3 Mitgliedern des jeweiligen Hauses<sup>504</sup> sowie einer weiteren Person besetzt, die das Komitee juristisch beraten soll und auf Vorschlag des Attorney-Generals vom Haus ernannt wird (vgl. Sec. 25, 28 Chieftaincy Act). Auch die Parteien können sich in diesen Verfahren anwaltlich beraten bzw. vertreten lassen. Die Verfahren sind oft sehr langwierig und ziehen sich nicht selten über mehrere Jahre hin.<sup>505</sup> Im Gegensatz zum staatlichen Gerichtssystem ist das semi-staatliche System – vom National House bis hinunter zu den verschiedenen Traditional Councils – ausschließlich mit männlichen Autoritäten besetzt. Diese Praxis stößt zusehends auf die Kritik.<sup>506</sup> Entsprechende Reformen in Hinsicht auf eine stärkere Einbindung von »Queenmothers« wurden angekündigt. Ob dies weitergehende Reformen anstößt, ist allerdings zweifelhaft. Das National

---

<sup>504</sup> Wird das National House of Chiefs als Appellationsinstanz tätig, ist das Komitee mit 5 Mitgliedern zu besetzen.

<sup>505</sup> Vgl. Ray, *Chiefs in their Millennium Sandals*, in: Tettey/Puplampu /Berman (Hrsg.), *Critical Perspectives in Politics and Socio-economic Development in Ghana*, 2003, S. 254 f.

<sup>506</sup> So forderte der Supreme Court Richter Brobbey, der maßgeblich an der Gesetzesreform mitwirkte, im Rahmen der Vorstellung des neuen Chieftaincy Acts, dass auch »Queenmothers« in den verschiedenen regionalen Institutionen wie im National House of Chiefs vertreten sein sollen, siehe:

<http://www.modernghana.com/news/185626/1/review-chieftaincy-act-on-queen-mothers-justice-bro.html>.

House of Chiefs hat gem. Art. 272 (b) der Verfassung die Aufgabe, Gewohnheitsrechte zu erforschen, zu verschriftlichen und zu kodifizieren und soll hierbei wenn möglich ein vereinheitlichtes System des Gewohnheitsrechts entwickeln. Zudem soll das Haus allgemeine »traditionelle Praktiken« evaluieren und Strategien zur Eliminierung schädlicher Praktiken entwickeln. Dem National House of Chiefs kommt hierbei allerdings keine eigenständige legislative Kompetenz zu. Es soll vielmehr staatliche Organe unterstützen.<sup>507</sup>

Das Verhältnis zwischen Staat und traditionellen Autoritäten lässt sich demnach folgendermaßen zusammenfassen: Zwar betreibt der Staat inzwischen eine »policy of non-interference«<sup>508</sup>. Insbesondere Nachfolgestreitigkeiten sind weitestgehend der Entscheidungszuständigkeit staatlicher Institutionen entzogen. Staatliche Gerichte können also grundsätzlich nicht über die personelle Besetzung traditioneller Ämter entscheiden. Von diesem Grundsatz gibt es eine wichtige Ausnahme: Die jeweiligen Parteien eines Streits können nach Ausschöpfung der Rechtsmittel vor den semi-staatlichen Institutionen, also gegen die Entscheidungen des National House of Chiefs, Rechtsmittel beim Supreme Court einlegen.<sup>509</sup> In der Praxis ist dies – jedenfalls wenn um Ämter mit einer gewissen Bedeutung gestritten wird – die Regel. Damit hat der Supreme Court als rein staatliche Institution die rechtliche Entscheidungsgewalt über die Besetzung traditioneller Äm-

---

<sup>507</sup> Das National House of Chiefs führt seit einiger Zeit ein Projekt zur Kodifizierung von Gewohnheitsrecht durch, das im Jahre 2006 begonnen wurde. Ergebnisse wurden bislang nicht veröffentlicht. Weiter vorangeschritten ist ein ähnliches Projekt, in dessen Rahmen die Nachfolgelinien der verschiedenen Chieftaincies schriftlich fixiert werden sollen. Auch bei diesem ist jedoch ein Abschluss derzeit nicht ersichtlich, vgl. Akamba/Tufuor, *The Future of Customary Law in Ghana*, in: Fenrich/Galizzi/Higgins (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, 2011, S. 222 f.

<sup>508</sup> Ubink, *In the Land of the Chiefs*, 2008, S. 193 f. weist darauf hin, dass dies nicht zuletzt daran liegt, dass traditionelle und staatliche Elite nicht mehr scharf voneinander getrennt sind.

<sup>509</sup> Gemäß Artikel 141 der Verfassung steht den High Courts allerdings die »supervisory jurisdiction« über die unteren Gerichte zu, zu denen auch die Houses of Chieftaincy gezählt werden. Auf Antrag einer Partei können also die High Courts die Einhaltung der jeweiligen verfahrensrechtlichen Vorschriften überprüfen, was in der Praxis nicht selten zu Abgrenzungsschwierigkeiten führt, vgl. Brobbey, *The Law of Chieftaincy in Ghana*, 2008, S. 236 f.

ter.<sup>510</sup> Das Gericht verfügt jedoch nicht über ein entsprechendes Initiativrecht.

### 3.3.2.4 Das Verhältnis zwischen staatlicher und traditioneller Rechtsprechung

Die Reform des Chieftaincy Acts im Jahre 2008 zeigt das Bestreben der Gesetzgebung, die Rechtsprechung durch traditionelle Autoritäten offiziell wieder stärker anzuerkennen. Hierdurch sollen die staatlichen Gerichte entlastet und so der Zugang zu Recht auch in ländlichen Gegenden erleichtert werden. Gleichzeitig ist der Umstand, dass der Supreme Court als letzte Instanz über die personelle Besetzung traditioneller Ämter entscheidet, Ausdruck der Kontrolle der »Chiefs« durch den Staat. Wegen der begrenzten gesetzlichen Vorgaben haben die staatlichen Gerichte einen weiten Spielraum, ihr Verhältnis zu den »Chiefs« und den Stellenwert der konkurrierenden Rechtsprechung durch diese selbst festzulegen.

Die staatliche Gerichtsbarkeit hat sich schon frühzeitig mit der Frage beschäftigt, inwieweit der staatliche Rechtsweg noch beschritten werden kann, wenn zuvor eine andere Gerichtsbarkeit angerufen worden war.<sup>511</sup> Zur Beantwortung ziehen die Gerichte wie bereits zu Kolonialzeiten die »Estoppel«-Einrede des Common Law heran, nach der ein erneutes Beschreiten des Rechtsweges unzulässig ist, wenn in der Sache bereits entschieden wurde.<sup>512</sup> Diese Rechtsprechung relativierte hiermit die Entmachtung traditioneller Autoritäten in der frühen Pha-

---

<sup>510</sup> Diese Letztentscheidungskompetenz stößt seitens der traditionellen Autoritäten auf Kritik. So fragte der Asantehene, der als Ehrengast dem Forum der Chief Justice im Dezember 2007 in Kumasi beiwohnte, wie er den Treueeid von einem »Chief« entgegennehmen könne, der lediglich durch ein staatliches Gericht und nicht durch ihn berufen wurde.

<sup>511</sup> *Budu II v Caesar* [1959] GLR 410 ff. Es handelt sich in diesem Fall also nicht um Forum Shopping im eigentlichen Sinn, sondern um die Frage, inwiefern »diachronic« bzw. »sequential redundancy« ermöglicht wird. Zur Unterscheidung: Cover, 22 *William & Mary Law Review* (1981), 639 (646 ff.).

<sup>512</sup> Estoppel ist im Common Law ein Oberbegriff für verschiedene Einreden, hinter denen oftmals Vorstellungen von Treu und Glauben stehen. Die Terminologie ist in den verschiedenen Jurisdiktionen nicht immer einheitlich. Die spezielle Einrede gegen ein erneutes Aufnehmen des Verfahrens wird als » *res judicata* « bezeichnet, vgl. Casad/Clermont, *Res Judicata*, 2001, S. 3 ff.

se der Unabhängigkeit unter Nkrumah und der CPP in gewisser Weise. Schon früh erkannte sie nämlich an, dass traditionelle Autoritäten auch nach Auflösung der Native Courts noch eine Schiedsgerichtsbarkeit ausüben können. Hierfür erarbeiteten die Gerichte einen Katalog an Voraussetzungen, deren Vorliegen dazu führt, dass ein späteres Beschreiten des staatlichen Rechtswegs ausgeschlossen ist. Zu den Voraussetzungen gehört, dass sich die Parteien freiwillig dem Schiedsgericht unterworfen haben, in dem Verfahren rechtliches Gehör finden konnten und das Verfahren nicht gegen die weiteren Grundsätze des »fair trial« verstieß.<sup>513</sup> Mit dieser Anerkennung der Schiedsgerichtsbarkeit durch die staatlichen Gerichte stärkten diese die Rolle der »Chiefs«. Sie bedeutet nämlich, dass die Anrufung staatlicher Gerichte als mitunter neutralere Foren nicht selten ausgeschlossen ist. Die Entscheidungen anderer Akteure – beispielsweise die Streitschlichtung durch Imane, »Fetisch-Priester«<sup>514</sup> oder die Gerichte weiblicher Autoritäten – werden von den Gerichten nicht anerkannt. In der Rechtsprechung werden solche Institutionen kaum erwähnt.

Wenn dies ausnahmsweise doch der Fall ist, nehmen die Gerichte eine eindeutig ablehnende Haltung ein. Beispielhaft hierfür ist eine Entscheidung aus dem Jahr 1992. Deren Vorgeschichte verdeutlicht zudem, dass Konflikte nicht selten in einem äußerst komplexen Zusammenspiel unterschiedlicher Akteure ausgetragen werden. Er hatte den Kläger beschuldigt, »Juju«<sup>515</sup> zu verwenden, um eine Leichenhalle unbrauchbar zu machen und so eine würdevolle Beerdigung einer zuvor verstorbenen Priesterin zu verhindern. Der Beklagte zu 1, »Chief« von Dodome-Awiasu, berief daraufhin ein Dorftreffen ein, um den Vorfall zu klären. Der Kläger leugnete jedwedes Vergehen. Er wurde daher in Begleitung des Linguisten<sup>516</sup>, eines Vertreters der Jugend und eini-

---

<sup>513</sup> Grundlegend: *Budu II v. Caesar and Others*. [1959] GLR 410 ff.

<sup>514</sup> *Ahevi v Akoto IV* [1993-94] 1 GLR 512 ff.

<sup>515</sup> Als Juju werden in Ghana solche magischen Praktiken bezeichnet, die ansonsten am ehesten unter Begriffen wie »Voodoo« oder »Macumba« bekannt sind. Dabei geht es hauptsächlich um Praktiken, die andere Menschen schädigen, weshalb Juju als etwas überwiegend Negatives gilt.

<sup>516</sup> Als Linguisten oder *ɔkyeame* bezeichnen die Akan das Amt des Sprechers eines »Chiefs«, vgl. zu diesem Amt Yankah, *Speaking for the Chief*, 1995. Dem *ɔkyeame* kommt gerade im Bereich der Rechtsprechung eine besondere Bedeutung, da traditionellerweise die gesamte Kommunikation über ihn erfolgt.

ger Verwandter zu einem Schrein geschickt, um seine Aussage überprüfen zu lassen. Obwohl bei der dort durchgeführten Zeremonie die Unschuld des Klägers festgestellt wurde, erkannte die Dorfversammlung dies nach seiner Rückkehr nicht an. E erhob außerdem weitergehende Vorwürfe dahingehend, dass der Kläger »Juju« benutzt habe, um Familienangehörige zu töten. Dagegen beschwerte sich der Kläger wiederum beim Beklagten zu 1 und seinen Ältesten. Diese zogen einen Abgesandten des »Paramount Chiefs« zu dem Verfahren hinzu und luden die Beteiligten zu einer weiteren Dorfversammlung, um den Streit zwischen dem Kläger und E zu schlichten. Der Kläger weigerte sich jedoch, dem Treffen beizuwohnen. Später erfuhr er, dass die Beklagten ihn bei diesem Treffen als Mörder und »Juju-Mann« bezeichnet und der Dorfgemeinschaft den Umgang mit ihm verboten hatten. Daraufhin erhob er Klage vor dem High Court und beantragte, die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz wegen Verleumdung, zum Schlagen von »Gong-Gong«<sup>517</sup> – um die Äußerungen zurückzunehmen – und zur Unterlassung weiterer verleumderischer Äußerungen zu verurteilen. Die Klage hatte teilweise Erfolg. Interessant sind hierbei die Ausführungen zu den verschiedenen Akteuren:

»Trial by ordeal has been known to be one of the most savage and primitive methods of trial. [...] In whatever form a trial by ordeal took, it did not have due regard to the dignity of the person accused. It is indeed a misnomer to describe what goes on at proceedings before fetish priests, witchcrafts and other forces believed to inhere in inanimate substances, as a trial. In these proceedings, the accused is not given an opportunity to put forward his version of the case. He is not given an opportunity of being defended by anyone. And the potency and fairness of the fetish priest or force deciding his fate are all shrouded in doubt. Now in the face of increasing social enlightenment, the law in our modern societies have set out the

---

<sup>517</sup> Hierbei handelt es sich um eine vor allem im südlichen Ghana verbreitete Methode, um Mitteilungen, die insbesondere das Zusammenleben von Dorfgemeinschaften betreffen, öffentlich zu kommunizieren. Als rituelle Praktik hat diese Form der Kommunikation auch heute noch große Bedeutung, nicht zuletzt, wenn es um die Mitteilung rechtlicher Informationen geht, vgl. Adjaye, 40 *The International Information & Library Review* (2008), 236 (239 ff.).

manner in which a person accused of a crime is to be tried.«<sup>518</sup>

Es handelt sich nicht um eine Beschreibung des konkreten Verfahrens, sondern um allgemeine Ausführungen. Das Verfahren wird als wild und barbarisch abgetan. Worte und Sprache könnten dabei ebenso gut aus der Feder eines britischen Richters im 19. Jahrhundert stammen. Die Mängelliste, die dem »Fetisch-Priester« vorgehalten wird, dient nicht allein dazu, dieses Verfahren abzulehnen. Gleichzeitig wird hiermit ein positives Bild des staatlichen Rechtsapparats gezeichnet. Die Ablehnung des »Traditionellen« findet aber seine Grenzen:

»The defendants are undoubtedly the chiefs of the community in which the plaintiff belongs. And as chiefs they are thus socially duty-bound to ensure peace and harmony in the area. They are the traditional rulers and leaders of the plaintiff. And they are therefore entitled to respect [and] obedience from their subjects including the plaintiff.«<sup>519</sup>

Die »Chiefs« haben also einen Anspruch, als »traditionelle Herrscher« von ihren »Untertanen« respektiert zu werden. Gleichwohl verurteilt das Gericht sie zur Zahlung eines Schadensersatzes.

Insgesamt lässt sich das Verhältnis zwischen staatlichen Gerichten und »Chiefs« als kooperativ charakterisieren. Aus der Sicht der Gerichte ist dies aber keine Zusammenarbeit zwischen gleichgestellten Partnern. Bereits das (wenn auch eingeschränkte) Prüfungsrecht der staatlichen Gerichte hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Rechtsprechung der »Chiefs« betont deren übergeordnete Stellung. Auch in der Beschreibung des semi-staatlichen Systems durch die Houses of Chiefs wird deutlich, dass sie die hierarchisch höher stehende Institution sind, die der Rechtsprechung durch die »Chiefs« lediglich einen begrenzten Autonomiebereich einräumt. Dies spiegelt sich auch in der unterschiedlichen Begrifflichkeit – »adjudication« als Rechtsprechung staatlicher Gerichte und »arbitration« als Schiedsgerichtsbarkeit durch die »Chiefs« – wider. Hierdurch wird die Unterschiedlichkeit

---

<sup>518</sup> Ahevi v Akoto IV [1993-94] 1 GLR 512 (530 f.).

<sup>519</sup> Ahevi v Akoto IV [1993-94] 1 GLR 512 (534).

beider Verfahren und die höhere Autorität der staatlichen Gerichte zum Ausdruck. Deutlich kommt diese Hierarchisierung etwa zum Ausdruck, wenn der Supreme Court ausführt:

»The National House of Chiefs cannot, without offence, lay any claims to the skills of the legal draftsman and pleader. The constitutional role of chiefs requires that they concentrate their talent on doing broad ›justice‹ within the parameters of the customary law where their true expertise lies. [...] [I]t cannot be over-emphasised that if our revered chiefs would resist the temptation of traipsing the maze of legal rules and procedures and restrict themselves to the sphere where they tower above everyone else, they would be providing greater service to Ghana and advancing the customary law.«<sup>520</sup>

Diese Politik einer unterordnenden Kooperation trifft aber auch auf den Widerstand traditioneller Autoritäten. So mag die Zurechtweisung in der zitierten Entscheidung damit zu tun haben, dass sich das National House of Chiefs in seiner Entscheidung gegen eine Revision an den Supreme Court ausgesprochen hatte. Deutlicher noch ist der Konflikt in anderen Bereichen, insbesondere der für die »Chiefs« so wichtigen Kontrolle über Land. So rief der derzeitige Asantehene zu seiner Amtseinführung im Jahre 1999 seine Untergebenen dazu auf, sämtliche Landstreitigkeiten, die vor staatlichen Gerichten anhängig waren, von diesen abzuziehen und vor seinem Gerichtshof zu verhandeln.<sup>521</sup>

### 3.3.3 Ermessensspielräume, Konkurrenz und Kooperation

Nicht zuletzt aufgrund der Instabilität des staatlichen Systems, die Ghana jahrzehntelang prägte, gibt es vergleichsweise wenig Gesetzgebung in Bezug auf Gewohnheitsrecht. Erst ab Mitte der 80er Jahre wurden verschiedene Gesetze verabschiedet, die die staatliche Anerkennung von Gewohnheitsrecht beeinflussen. Dabei kommen unterschiedliche regulative Techniken – von detaillierter Verdrängung von

---

<sup>520</sup> Pomaa and Others v. Fosuhene [1987-88] 1 GLR 244 (262).

<sup>521</sup> Ubink, In the Land of the Chiefs, 2008, S. 153 f. Laut Crook/u.a., The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire, 2007, S. 86, wurde diesem Aufruf allerdings nur teilweise Folge geleistet.



Gewohnheitsrecht, dem Einsatz von Generalklauseln über das Angebot staatlicher Alternativen – zum Einsatz. Hinsichtlich der Implementierung dieser Gesetze bestehen Zweifel. Im Übrigen bleibt Gewohnheitsrecht auch im Rahmen dieser Gesetzgebung von Bedeutung. Zwar wird im Courts Act geregelt, wie Gewohnheitsrecht von staatlichen Gerichten zu erheben ist. Diese Regeln sind jedoch lückenhaft und räumen den staatlichen Gerichten weite Ermessensspielräume ein. Ähnliches gilt für den gesetzlichen Umgang mit den verschiedenen Akteuren der Rechtsprechung. Detaillierte gesetzliche Vorschriften zu den jeweiligen Kompetenzen existieren nicht, so dass den staatlichen Gerichten auch diesbezüglich ein verhältnismäßig weiter Entscheidungsspielraum zukommt. Die Entscheidungspraxis staatlicher Gerichte prägt den offiziellen Rechtspluralismus Ghanas daher im besonderen Maße. Die Gerichte räumen den »Chiefs« und ihrer Rechtsprechung eine besondere Stellung ein und privilegieren sie im Vergleich zu anderen Akteuren. Zugleich lassen sie aber keine Zweifel daran aufkommen, dass sie eine übergeordnete Stellung einnehmen. Das Verhältnis von staatlichen Gerichten und »Chiefs« ist also gleichermaßen durch Kooperation und Konkurrenz geprägt.

Wird dieser rechtlich-organisatorische Rahmen aus der Übersetzungsperspektive betrachtet, zeigt sich, dass Regeln zum Feststellen von Gewohnheitsrecht existieren, dieses aus Sicht der Gesetzgebung also durchaus als problematisch angesehen wird. Aspekte des Verstehens von Gewohnheitsrecht werden dagegen nicht angesprochen. Anders als in den wissenschaftlichen Abhandlungen von Sarbah, Danquah und Ollennu gilt das Verstehen als unproblematisch. Hinsichtlich des Reverbalisierens ergibt sich – etwa aus dem Vorrang der Verfassung, die individuelle Rechtspositionen eindeutig schützt – ein erhebliches Konfliktpotential. Klare Anweisungen, wie im Falle eines Normkonflikts vorzugehen ist, geben die Gesetze jedoch nicht. Der Rechtsprechung durch die staatlichen Gerichte kommt deshalb umso größere Bedeutung zu.

### 3.4 Die Entscheidungspraxis der Gerichte

Wegen der weiten Ermessensspielräume, die den staatlichen Gerichten durch die gesetzlichen Vorschriften eingeräumt werden, kommt deren Rechtsprechung eine besondere Bedeutung für den offiziellen Rechtspluralismus Ghanas zu. Die Analyse der Entscheidungen zeigt, dass es auch innerhalb der staatlichen Rechtsprechung unterschiedliche Meinungen über den richtigen Umgang mit Gewohnheitsrecht gibt. Die Entwicklung des offiziellen Gewohnheitsrechts stellt sich aus einer Übersetzungsperspektive als ungleichzeitiger Prozess der Aneignung von Gewohnheitsrecht durch die Gerichte dar. Die Auseinandersetzung mit der Kolonialgeschichte spielt auch in der Rechtsprechung eine große Rolle. Hinsichtlich der unterschiedlichen Übersetzungsschritte können gleichwohl Regelmäßigkeiten ausgemacht werden, die diesen Aneignungsprozess insgesamt charakterisieren.

So zeigt sich hinsichtlich der Quellenfrage des Feststellens ein eher ambivalentes Verhältnis zu den »Chiefs«. Diese werden als externe Wissensquelle privilegiert. Überwiegend bevorzugen die Gerichte aber ein selbstreferenzielles Vorgehen – also den Verweis auf das eigene Fallrecht – oder die Zuhilfenahme anderer schriftlicher Quellen. Problematisiert wird dieser Übersetzungsschritt insbesondere dann, wenn keine entsprechenden schriftlichen Quellen zur Verfügung stehen, etwa wenn es sich um Gewohnheitsrecht kleinerer Gesellschaften im Norden des Landes handelt (dazu 3.4.1). Auf der Ebene des Verstehens ist der unterschiedliche Einsatz rechtsvergleichender Argumentationen von Bedeutung. Durch diese erfährt Gewohnheitsrecht meist eine positive Neubewertung. Die Gerichte konstruieren ihre Version von Gewohnheitsrecht außerdem oft konfliktvermeidend, harmonisieren also das Miteinander unterschiedlicher normativer Ordnungen (dazu 3.4.2). Fremdheit und Konflikt verschwinden jedoch nicht gänzlich. Dies zeigt sich vor allem auf der Ebene des Reverbalisierens (dazu 3.4.3). auch Konflikte werden vor allem hinsichtlich der Anwendung von Gewohnheitsrechten kleinerer Gesellschaften diskutiert.

### 3.4.1 Feststellen

Grundsätzlich fehlt den Gerichten das Wissen um die normativen Praktiken, die sie als Gewohnheitsrecht ihrer Entscheidung zu Grunde legen sollen. Weder sind die Richterinnen und Richter zwangsläufig Teil der Gesellschaft, in der die jeweiligen Normen praktiziert werden, noch kennen sie diese aus eigener Beobachtung. Gewohnheitsrechtliche Normen sind auch weniger greifbar als beispielsweise schriftlich fixierte Texte. Daher stellt sich die Frage, welche Quellen die Gerichte in ihrer Entscheidungspraxis zu Rate ziehen, auf welcher Basis sie also das jeweilige Gewohnheitsrecht im Rahmen ihrer Rechtsprechung konstruieren. Auffällig ist zunächst, dass die Frage, wie *Gewohnheitsrecht* von schlichter Gewohnheit abgegrenzt werden kann – also eben die Frage, die in der wissenschaftlichen Diskussion von Rechtspluralismus seit jeher kontrovers diskutiert wird – in der Praxis kaum eine Rolle spielt, obwohl die Rechtsanwendung weder hilfreiche gesetzliche Definitionen vorfindet,<sup>522</sup> noch eigene Maßstäbe zur Abgrenzung entwickelt hat.

Häufiger wird dagegen problematisiert, wie der Inhalt eines konkreten Gewohnheitsrechts zu bestimmen ist. Sec. 55 des Courts Act nennt hier Vorgaben, welche die Gerichte aber nur sehr eingeschränkt binden. Diese bevorzugen schriftliche Quellen, insbesondere das Textbuch Sarbahs. Daneben verweisen die Gerichte aber auch auf ihre eigene Rechtsprechung und übertragen diese – meist implizit – auf andere Kontexte. Gleichzeitig finden sich Entscheidungen, in denen versucht wird, Gewohnheitsrecht »empirisch« – etwa durch die Befragung von Experten – zu erheben. Zwar bringen die Gerichte in diesen Fällen die Schwierigkeit zum Ausdruck, das jeweilige Gewohnheitsrecht festzustellen. Sie reflektieren jedoch nicht, dass sie mit der Entscheidung darüber, welche Quellen herangezogen werden, zugleich festlegen, wessen Erfahrungen und Interessen ausgeblendet werden.

---

<sup>522</sup> Dies kritisiert etwa Mensa-Bonsu, 22 *University of Ghana Law Journal* (2002-04), 1 (3).

### 3.4.1.1 Wessen Stimme? – Autorität und Selbstreferenz

In Abkehr von den vergleichsweise strengen Voraussetzungen, die noch in der Entscheidung *Attah v. Angu*<sup>523</sup> für die Einschätzung von Gewohnheitsrecht als gerichtsbekannt (»judicial notice«) vorgesehen waren, wurde bereits zu Kolonialzeiten mitunter schon nach nur einer vorherigen Entscheidung auf diese in späteren Entscheidungen verwiesen.<sup>524</sup> Diese Praxis wurde nach Erlangen der Unabhängigkeit von den staatlichen Gerichten fortgesetzt.<sup>525</sup> Wichtigste Quelle zum Nachweis von Gewohnheitsrecht ist also das eigene Fallrecht. Der Rückgriff auf vorherige Entscheidungen wird fast immer durch einen Verweis auf entsprechende Passagen verschiedener Textbücher – insbesondere durch das Zitieren John Mensah Sarbahs – ergänzt. Dessen Werk ist die mit Abstand bedeutendste externe Quelle. Bei genauerer Betrachtung von Sarbahs Werk wird deutlich, dass der Verweis nicht selten selbst-referenzielles Vorgehen verschleiert. Denn Sarbahs Buch ist zweigeteilt: Während der erste Teil eine Art Einführung in das Gewohnheitsrecht der Fanti darstellt, handelt es sich im zweiten Teil um Kurzzusammenfassungen der Entscheidungen kolonialer Gerichte. Gerade auf diesen Teil verweist die Rechtsprechung am häufigsten.

Diese Praxis führt regelmäßig dazu, dass die Quellenfragen in den Entscheidungen überhaupt nicht weiter problematisiert wird. So führt das Gericht beispielsweise in *Amponsah and Others v. Budu* aus:

»Customary law is now not to be proved as a fact. It is part of the established law which the courts must be presumed to know. There are precedents of decided cases by the superior courts of this country which form the basis of case law, authorities of persuasive value and force which can safely afford a useful guide in the instant case.«<sup>526</sup>

Hier wird die koloniale Unterscheidung zwischen Gewohnheitsrecht als Recht und als zu beweisende Tatsache noch angedeutet. Dass die Frage des Inhalts von Gewohnheitsrecht nach Erlangen der Unab-

---

<sup>523</sup> *Angu v. Attah* (1916), P.C. 1874-1928, 43 (44).

<sup>524</sup> Dazu 3.2.3.

<sup>525</sup> Woodman, *Customary Land Law in the Ghanaian Courts*, 1996, S. 40 f.

<sup>526</sup> *Amponsah and Others v. Budu* [1989-90] 2 GLR 291 (309).

hängigkeit als eine Rechtsfrage anzusehen ist, dient der Feststellung, dass die staatlichen Gerichte eben diesen Inhalt kennen. Folgerichtig wird auf Präzedenzfälle verwiesen. Diese Vorgehensweise ist zunächst nicht überraschend, entspricht sie doch den Verfahrensgrundsätzen des Common Law und wird oft als Hauptgrund für das »Erstarren« richterlichen Gewohnheitsrechts genannt. Die Selbstreferenz kann aber nur bedingt als Ausdruck einer formellen Bindung – insbesondere durch Entscheidungsprinzipien wie der »stare decisis« – verstanden werden. Auch das Zitat spricht lediglich vom Fallrecht als »useful guide«. Es gibt angesichts der Vielzahl unterschiedlicher Gewohnheitsrechte nicht genügend »binding precedents«, die eine solche Annahme einer formellen Bindung rechtfertigen könnten. Die überwiegende Zahl der für die Feststellung von Gewohnheitsrecht angeführten Entscheidungen sind außerdem Urteile der High Courts, die weder andere High Courts noch die höheren Gerichte formell binden können. Solche Entscheidungen stellen im Common Law allenfalls »persuasive authorities« dar, von denen das jeweilige Gericht abweichen könnte.<sup>527</sup> Die Gerichte führen eine vorherige Entscheidung also entweder aus Überzeugung oder aus pragmatischen Erwägungen an, nicht aber, weil sie rechtlich dazu verpflichtet sind. In der Entscheidungspraxis wird allerdings auf vorherige Entscheidungen nur selten ausdrücklich als »persuasive precedents« verwiesen. Auch wird in der Regel nicht deutlich, ob vorherigen Entscheidungen ein autoritäres oder substantielles Gewicht beigemessen wird.

Die Bedeutung der »stare decisis«-Maxime wird also überschätzt, wenn sie als Grund dafür genannt wird, dass das »offizielle Gewohnheitsrecht« erstarrt und daher von den gelebten Normen abweicht. Hinzu kommt, dass auch bei Vorliegen eines Präzedenzfalles immer noch die Möglichkeit besteht, Gründe dafür zu finden, von diesem abzuweichen. Oder wie es eine Richterin des High Court in einem Interview formulierte:

»You usually look at what the Supreme Court is saying. But a smart judge who does not want to go by the Supreme Court if

---

<sup>527</sup> Zwar nehmen »persuasive authorities« im englischen Common Law eine wichtige Stellung ein, sie entfalten jedoch keine rechtliche Bindungswirkung, vgl. Shiner, *Legal Institutions and the Sources of Law*, 2005, S. 32 ff.

he sincerely believes that no, times have changed [...] you just look at their briefing and find a fine line of distinction so you can distinguish what the Supreme Court says on those things.«<sup>528</sup>

Auch wenn die »stare decisis« - Doktrin die Rechtsprechungspraxis als Verstetigungstechnik hinsichtlich des Inhalts von Gewohnheitsrecht nur bedingt prägt, erfolgt dessen Konstruktion zunehmend selbst-referenziell. Dies ist in zweierlei Hinsicht problematisch. Erstens ist fraglich, ob ältere Entscheidungen ohne Weiteres auf jüngere Sachverhalte übertragen werden können, obwohl sich die Lebensumstände verändert haben. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass gesellschaftlicher Wandel auch zu einer Veränderung von Gewohnheitsrecht führt.<sup>529</sup> Die Frage der Aktualität wird von den staatlichen Gerichten nur ausnahmsweise gestellt und im Verhältnis zum eigenen Fallrecht normalerweise nicht aufgeworfen. Lediglich in verschiedenen Entscheidungen zu den klassischen Textbüchern wird sie explizit angesprochen. So führt das Gericht etwa in *Abadoo v. Awotwi* aus:

»It is difficult to appreciate the views expressed by both Danquah and Rattray on the subject and it is difficult to say whether the formulation of Professor Bentsi-Enchill represents the true position of the law. There is a considerably wide area of agreement amongst the three writers, but it is doubtful even whether the areas of agreement can be accepted without question. The views expressed by them might have represented the law on the subject in its original form but certainly not the present state of the law in this second part of the twentieth century.«<sup>530</sup>

Obwohl also verschiedene Textbücher zum gleichen Ergebnis kommen, lehnt das Gericht die dort beschriebenen Normen ab. Zwar möge es sich hierbei um das ursprüngliche Recht gehandelt haben; die Textbücher repräsentieren aber nicht das aktuelle Recht in der zweiten

---

<sup>528</sup> Interview, Richterin, High Court, Accra, 06.02.2008.

<sup>529</sup> Dazu 2.3.2.3.

<sup>530</sup> *Abadoo v. Awotwi* [1973] 1 GLR 393 (409).

Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ganz ähnlich argumentiert der Court of Appeal einige Jahre später:

»To deny validity to a samansiw today because it is not made to persons or in the manner conceived by Sarbah in 1896 or noted by Rattray over half a century ago, would be an admission that customary law is static and unlike the English common law, is irresponsible [sic] to change or adaptation to meet changed social conditions. We do not accept this role for our customary law.«<sup>531</sup>

Interessanterweise wird hier die Anpassungsfähigkeit des Common Law vorausgesetzt. Auf aktuellere akademische Arbeiten – zur Zeit der Entscheidung war die Anpassungsfähigkeit von Gewohnheitsrecht in der Forschung bereits allgemein akzeptiert – rekurriert das Gericht allerdings nicht. Die Zweifel an der Aussagekraft alter Textbücher klingen nicht zuletzt vor dem Hintergrund entsprechender Forschungsarbeiten plausibel. Dass sich der gesellschaftliche Kontext in den 70er Jahren im Vergleich zum Beginn des 20. Jahrhunderts geändert hat, lässt sich schwerlich leugnen. Das Gericht sieht sich dennoch nicht veranlasst nachzuforschen, ob und wenn ja, wie sich die normativen Überzeugungen und Praktiken der Leute gewandelt haben. Stattdessen legt es seine eigene Überzeugung und Sicht der Dinge zu Grunde. Die Anpassungsfähigkeit gewohnheitsrechtlicher Ordnungen wird so zur argumentativen Grundlage für die eigene Kreativität. Dabei ist die Abgrenzung zur Autorität von Textbüchern in der gleichen Entscheidung an späterer Stelle überraschend deutlich:

»Textbook writers have no exclusive prerogative to make the law. Cases also make the law.«<sup>532</sup>

Dieser Hinweis wirkt zunächst wie ein weiteres Beispiel für die Selbstreferenz der Gerichte. Das Gericht beruft sich zur Begründung seiner Entscheidung jedoch gerade nicht auf einen vorherigen Präzedenzfall. Es sind also nicht vorherige Entscheidungen, sondern die Richterinnen und Richter, die Recht schaffen. Allerdings ist die Anpassungsfä-

---

<sup>531</sup> In Re Armah (Decd.); Awotwi v. Abadoo [1977] 2 GLR 375 (381).

<sup>532</sup> Abadoo v. Awotwi [1973] 1 GLR 393 (410).

higkeit von Gewohnheitsrecht in der Rechtsprechung nicht allgemein anerkannt. Deutlich skeptischer äußerte sich diesbezüglich etwa ein Richter im Interview:

»With customary law we don't say ›in our days‹. We go to the original. You see lots of these new versions of customary law. That is not allowed.«<sup>533</sup>

Zweitens erweist sich die vereinheitlichende Rechtsprechungspraxis neben dem zeitlichen Aspekt auch hinsichtlich ihrer »ethno-geographischen« Dimension als nicht unproblematisch. Die meisten Gerichte und die wichtigsten Bildungseinrichtungen befinden sich seit jeher im Süden des Landes. Die klassischen Textbücher zu Gewohnheitsrechten – insbesondere die Werke Sarbahs und Danquahs, neben dem Fallrecht die wichtigsten schriftlichen Quellen – entstanden hier. Dies führt dazu, dass nicht nur bestimmte Autoren, sondern auch die normativen Praktiken bestimmter Gesellschaften einen besonderen Einfluss gewinnen. Die Praxis der Gerichte, Gewohnheitsrecht nicht festzustellen, sondern unreflektiert, zu übertragen, wurde deshalb auch als »Akanisierung« der Rechtsprechung kritisiert.<sup>534</sup> Hinter solchen Vorwürfen stehen eher positivistische Annahmen über den Inhalt »des Rechts« der Ashanti, der Fanti oder verdrängter Alternativen. Gleichwohl bleibt festzustellen, dass die staatliche Rechtsprechung zu einer Vereinheitlichung tendiert, die nur auf Kosten des Verzichts auf mögliche Alternativen erreicht werden kann. Dieses »ethnische« Moment wird nur in wenigen Entscheidungen ausdrücklich angesprochen. Allein in *Huago and Others v. Djangmah II and Others*, einer Revision gegen die Entscheidung des National House of Chiefs aus dem Jahre 1997, übertrug der Supreme Court ausdrücklich eine vorherige Entscheidung auf das Gewohnheitsrecht einer anderen Gesell-

---

<sup>533</sup> Interview, Richter, Court of Appeal, Accra, 07.01.2008.

<sup>534</sup> Kludze, *The Modern Law of Succession if Ghana*, 1988, S. 154 f., Mensa-Bonsu, 19 *Review of Ghana Law* (1993-95), 252 (253 ff.). Vgl. aber auch die positive Bewertung der damit einhergehenden Vereinheitlichung bei Asante, 31 *Journal of African Law* (1987), 70 (88). Der Begriff »Akanisierung« verdeutlicht die Problematik, ein bestimmtes Gewohnheitsrecht vereinheitlichend als »das« Gewohnheitsrecht anzusehen, ist allerdings nicht zuletzt deshalb problematisch, weil er seinerseits vereinheitlichend wirkt, in dem er eine Homogenität der Akan unterstellt, die auch mit Blick auf normative Ordnungen äußerst zweifelhaft ist.



schaft. Das Gericht hatte über den Streit um die »Paramount Chieftaincy« in der Greater Ningo Traditional Area zu entscheiden. Dabei ging es um die Frage, ob der Beklagte zu 1 als »Paramount Chief« der Ningo abgedankt hatte. Einen solchen Verzicht auf die Fortführung eines traditionellen Amtes hatte es in der Geschichte der Ningo unstreitig bislang noch nicht gegeben. Sowohl das Regional als auch das National House of Chiefs hatten daher die Voraussetzungen eines Rücktritts, wie sie vom Supreme Court in einer anderen Entscheidung aufgezählt worden waren, für entsprechend anwendbar erklärt. Das Gericht bestätigte diese Möglichkeit der »analogen Anwendung«. Mehrere Mitglieder des Supreme Court wiesen in ihren Begründungen jedoch darauf hin, dass eine solche Übertragung nur ausnahmsweise in Betracht komme.<sup>535</sup>

Wie wichtig das Vorhandensein schriftlicher Quellen und der ethno-geographische Kontext für das Vorgehen der Gerichte ist, wird deutlich, wenn diese die Quellenlage ausnahmsweise problematisieren und den Inhalt von Gewohnheitsrecht im Rahmen einer Untersuchung erheben.

#### 3.4.1.2 Grenzfälle: »I did not get the northern Sarbahs and Danquahs«

Ausdrücklich problematisiert wird die Quellenfrage in der Rechtsprechung vor allem dann, wenn auf die bevorzugten Quellen nicht zurückgegriffen werden kann, also weder »Präzedenzfälle« noch die klassischen Textbücher zur Verfügung stehen. Zwar existieren Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung ohne nähere Diskussion auch auf andere Konstellationen übertragen wird. So stellt das Gericht beispielsweise in *Avuugi v. Abugri* fest:

»It is now established law that seduction is known to our customary law.«<sup>536</sup>

---

<sup>535</sup> *Huago and Others v Djangmah II and Others* [1997-98] 1 GLR 300 (314, 328 f.).

<sup>536</sup> *Avuugi v. Abugri* [1987-88] 2 GLR 515 (519).

Bei dieser Entscheidung ging es um Schadensersatz, den ein Ehemann wegen der »Verführung«<sup>537</sup> seiner Ehefrau verlangt hatte. Dabei war gerade streitig, ob das Gewohnheitsrecht der Kusasi, denen die Parteien angehörten, einen solchen Schadensersatz überhaupt kannte. Die vom Gericht angeführten Präzedenzfälle betreffen allerdings nicht das Gewohnheitsrecht der Kusasi. Streng genommen hätte das Gericht also eine inhaltliche Erhebung des Gewohnheitsrechts der Kusasi durchführen oder explizit entscheiden müssen, dass die Feststellungen der anderen Gerichte auf dieses Recht übertragen werden können. Diese Fragen werden vom Gericht jedoch vermieden, wenn es lapidar feststellt, dass eine Schadensersatzpflicht inzwischen anerkannt sei. Es spricht auch nicht vom Gewohnheitsrecht der Kusasi. Unklar bleibt, ob sich das »our« auf die Summe der ghanaischen Gewohnheitsrechte oder das Gewohnheitsrecht in den staatlichen Gerichten bezieht und von wem es etabliert wurde.

Eine Reihe von Entscheidungen verzichtet dagegen nicht auf die Ermittlung von Gewohnheitsrecht, wenn strenggenommen weder Gerichtsentscheidungen noch entsprechende Textbücher als Grundlage herangezogen werden können. Dabei zeigt sich erneut die ethno-geographische Prägung der Rechtsprechung. Denn diese Entscheidungen betreffen überwiegend den Norden des Landes. Beispielhaft für die Vorgehensweise staatlicher Gerichte ist die Entscheidung *Billa v. Salifu*, aus der das Zitat in der Überschrift stammt. Hierbei handelt es sich um das Rechtsmittel gegen ein Urteil des District Courts in Tamale im Norden Ghanas. Beide Parteien waren anwaltlich vertreten. Auch in diesem Fall ging es um Ehebruch und Schadensersatz. Der Beklagte war mit der M verheiratet. Beide hatten ein gemeinsames zweijähriges Kind. Es kam heraus, dass die M in seiner Abwesenheit mit dem Kläger Geschlechtsverkehr hatte. Der Beklagte hatte ihn erstinstanzlich erfolgreich auf Schadensersatz wegen Ehebruchs verklagt und dabei beantragt, dass gemäß dem Gewohnheitsrecht der Dagomba entschieden werden solle. Das Rechtsmittel hatte Erfolg: Das Urteil wur-

---

<sup>537</sup> Die Schilderung des Sachverhalts deutet eher auf eine Vergewaltigung der Ehefrau hin, da es nur aufgrund von Drohungen des Beklagten zum Geschlechtsverkehr kam. Gleichwohl handelt es sich nicht um ein strafrechtliches Verfahren, sondern um eine zivilrechtliche Klage des Ehemanns.

de aufgehoben und die Klage abgewiesen. Als Begründung wurde angeführt, das Schadensersatz wegen Ehebruchs im Gewohnheitsrecht der Dagomba nur ausnahmsweise anerkannt sei. Das Gericht führt zum streitigen Inhalt des Gewohnheitsrechts der Dagomba aus:

»Unfortunately, and I can appreciate the difficulty of counsel, no authorities of any sort were cited in support of the propositions of Dagomba customary law which were propounded with so much confidence by counsel for the parties. I did not get the northern Sarbahs and Danquahs and as I found myself entertaining grave doubts as to the nature of the Dagomba customary law [...] I decided after I had heard the submissions of counsel and after I had consulted a few books as well as documents in the National Archives at Tamale, that it was necessary to hold an inquiry [...].«<sup>538</sup>

Das Gericht spricht sein mangelndes Wissen über das anzuwendende Gewohnheitsrecht ausdrücklich an. Die hierarchisierende Aufzählung der verschiedenen Erkenntnisquellen macht deutlich, welchen Stellenwert diese haben: Problematisch wird der Inhalt des Gewohnheitsrechts erst dadurch, dass es für die konkrete Frage keine verlässlichen schriftlichen juristischen Autoritäten gibt. Deshalb ist es erforderlich, eine entsprechende Untersuchung einzuleiten. In deren Rahmen kennt das Gesetz den Rückgriff auf weitere schriftliche Quellen und die Befragung geeigneter Personen. Das Gericht lässt keinen Zweifel daran, welches Vorgehen es bevorzugt, und hält eine Untersuchung erst nach Auswertung aller schriftlichen Quellen für erforderlich. Aufschlussreich in der zitierten Entscheidung ist auch der Umgang mit den weiteren schriftlichen Quellen. Aus ihnen lässt sich das Bild einer zuverlässigen Informationsquelle rekonstruieren:

»The difficulty with the works I consulted is that their authors were mostly expatriates who were generally anthropologists and educated men and were apparently not lawyers and in expounding the customs they climbed on a pedestal and condescendingly applied themselves to their tasks. [...] With the possible exception of perhaps Capt. R. S. Rattray, who was a lawyer, [...] most of the expatriate writers were neither deep nor

---

<sup>538</sup> Billa v. Salifu [1971] 2 GLR 87 (91).

profound nor were they able to bring to their task of expounding the customary law that analytical approach which any trained lawyer would have employed if he was engaged in carrying out an investigation into the customary law.«<sup>539</sup>,

und:

»Mary Kingsley wrote in 1897, the same year as John Mensah Sarbah, an indigenous writer from Cape Coast and a barrister-at-law, published his book described in the Times, 4 February 1897 as ›excellent work.« She seemed to have written like the expatriate writers of the time in general terms dumping all West Africans together, unmindful of the obvious fact – obvious from a perusal of Sarbah's 1897 work that like Europe, West Africa's population is heterogeneous with peoples having different customs, laws and ways of life.«<sup>540</sup>

Zunächst wird die hervorgehobene Bedeutung schriftlicher Quellen wiederholt. Gleichzeitig wird deutlich, welchen Autoren Gewicht und Legitimität zukommt: Ein zuverlässiger Informant ist männlich, Jurist und möglichst einheimisch. Die Entscheidung ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert: Mit Mary Kingsleys Arbeit wird ausnahmsweise eine Darstellung genannt, die von einer Autorin stammt. Der Hinweis scheint allerdings eher der direkten Gegenüberstellung mit Sarbahs Textbuch zu dienen. Damit verbunden ist die explizite Ablehnung von Forschungsarbeiten durch Fremde. Das Gericht wirft entsprechenden Quellen vor, dass sie inhaltlich unrichtig und oberflächlich seien und die lokalen Differenzen Westafrikas nivellierten. Diese Art der Forschung ist aber nicht nur in fachlicher Hinsicht falsch. Ihr wird auch vorgeworfen, »condescendingly« – herablassend – zu sein. »Europa« bleibt jedoch als Qualitätsmaßstab erhalten, wenn auf die positive Rezension in der Times hingewiesen und die Vielfalt Westafrikas als Entsprechung europäischer Vielfalt dargestellt wird. Interessant ist neben dieser postkolonialen Kritik zudem der Hinweis auf einen weiteren Mangel, den die Mehrzahl akademischer Forschung nach Ansicht des Gerichts kennzeichnet: Es handelt sich um ethnologische Arbeiten, die

---

<sup>539</sup> Billa v. Salifu [1971] 2 GLR 87 (92).

<sup>540</sup> Billa v. Salifu [1971] 2 GLR 87 (94).

die analytische Schärfe und Klarheit juristischer Ausführungen vermissen lassen.<sup>541</sup> Das Abstellen darauf, ob es sich um juristische Quellen handelt, mag auch erklären, dass die Fremdheit kolonialer Gerichte – die von Sarbah beschriebenen Entscheidungen wurden von englischen Richtern entschieden – nicht problematisiert wird. Die Betonung der Ausbildung und Herkunft von potentiellen Informanten findet sich auch in anderen Entscheidungen. So wird juristisches Wissen über Gewohnheitsrecht auch in *Tanor and Another v. Akosua Koko* privilegiert:

»The question of law raised therefore is: what is necessary to constitute a valid adoption in customary law or, relevantly, Akim Abuakwa customary law? Counsel on both sides who argued this appeal, were eminently qualified by reason of their origin and background to be well instructed on this. But perhaps owing to the dust of battle they could not bring themselves to agree on the customary law requirement of a valid adoption. One must therefore turn to a neutral source for assistance.«<sup>542</sup>

Die Entscheidung betraf einen Erbstreit, bei dem es vor allem um die Frage ging, ob die Klägerin rechtswirksam vom Erblasser adoptiert worden war.<sup>543</sup> Das Gericht betont, dass die Anwälte wegen ihrer räumlichen Herkunft und ihres »Hintergrunds« für die Beantwortung von Fragen hinsichtlich des Inhalts von Gewohnheitsrechts besonders qualifiziert sind. Nur weil sie sich – womöglich als Folge der Antagonisierung vor Gericht – uneinig sind, bevorzugt das Gericht eine »neutrale« Informationsquelle. Wie wichtig juristische Expertise ist, betonte auch ein Interviewpartner, der damit aber zugleich klarstellte, dass seine eigene Fremdheit im Norden des Landes bzw. das Wissen

---

<sup>541</sup> Eine ähnliche Privilegierung juristischen Wissen findet sich bei Allott, *Essays in African Law*, 1960, S. 83.

<sup>542</sup> *Tanor and Another v. Akosua Koko* [1974] 1 GLR 451 (456).

<sup>543</sup> Es ist zudem einer der wenigen Fälle, in denen eine Partei ausdrücklich die Unvereinbarkeit gewohnheitsrechtlicher Regeln mit staatlichem Recht anführt. Die Klägerin gehörte ursprünglich zu den Krobo und war gemäß deren Gewohnheitsrechts verstoßen worden, da sie vor Durchführung eines Pubertätsritus (»dipo«) schwanger geworden war. Die Beklagten argumentierten, dass dies »repugnant« sei, weshalb die Klägerin nicht wirksam adoptiert werden konnte und daher auch nicht erbberechtigt gewesen sei.

über Gewohnheitsrecht im Kontext des staatlichen Gerichts überhaupt nicht problematisch sei:

»Fortunately most of the lawyers who practice here are from the north and they are conversant of the customs of the people. And as they are lawyers and officers of the court they cannot mislead the court.«<sup>544</sup>

Diese Privilegierung juristischen Wissens lässt sich nur schwer mit der Sonderstellung vereinbaren, die den »Chiefs« in der Gesetzgebung zugewiesen wird. Zwar finden sich in frühen Entscheidungen Aussagen wie die folgende:

»The occupant of a stool and the traditional elders of the stool are the repositories of the tradition and customary law of their state; it is therefore expected that they should always act in conformity with the customary law. Again, apart altogether from being an occupant of a stool, Nana Kwadade II, known in his private capacity as Mr. Ofei Awere, was, before his enstoolment, an outstanding legal practitioner with considerable knowledge and experience of the customary law.«<sup>545</sup>

Hier wird die Sonderstellung traditioneller Autoritäten als »repositories« des Gewohnheitsrechts bestätigt, wie sie sich während der kolonialen »indirect rule« auch für die Rechtsprechung herausgebildet hatte. Zugleich wird aber deren juristische Professionalität hervorgehoben. In gewisser Weise spiegelt sich so das ambivalente Verhältnis zwischen Bildungs- und traditioneller Elite wider, wie es insbesondere die Kolonialzeit prägte.

Die »Chiefs« stellen aber zumindest außerhalb des klassischen juristischen Inventars – also nach Textbüchern und Fallrecht – nach wie vor die bedeutendste Informationsquelle für die Gerichte dar. Der Grund hierfür ist aber nicht mehr zwangsläufig ihr »traditionelles« Wissen über Gewohnheitsrecht. So wird in *Billa v. Salifu* ausgeführt:

»I decided to hear two persons, namely: the Wula-Na, who is the chief linguist in the court of the Gulkpe-Na, [...] and the

---

<sup>544</sup> Interview, Richter, High Court, Bolgatanga, 19.02.2008.

<sup>545</sup> *Donkor v. Asare and Others* [1960] GLR 187 (188).

Zobogu-Na, a Dagomba sectional chief of the Tamale Traditional Area who is a highly educated chief who rose after more than 40 years in the field of education to the position of the Principal Education Officer of the Northern Region.«<sup>546</sup>

Das Gericht hebt also nicht die Erfahrung des Zobogu-Na als Inhaber eines traditionellen Amtes hervor, sondern den Umstand, dass dieser »highly educated« ist und bereits seit 40 Jahren ein staatliches Amt im Bereich der Bildung bekleidet.

Es finden sich aber auch Entscheidungen, in denen die »Chiefs« deutliche Ablehnung erfahren. In *Debrah v. The Republic* polemisiert das Gericht in aller Schärfe:

»Society is fast growing and it cannot be doubted that the days when a chief looking through his window could decree that a particular woman walking down the street is his wife irrespective of the wishes and marital status of that woman, is gone and gone forever.«<sup>547</sup>

Es handelt sich um ein Verfahren, das ausnahmsweise explizit das Verhältnis von Gewohnheitsrecht und staatlichem Strafrecht betrifft. Auch nach Erlangen der Unabhängigkeit beschränkt sich die offizielle Anerkennung weitgehend auf die bereits zur Kolonialzeit anerkannten Gebiete des Land- und Erbrechts sowie der Regulierung familiärer Beziehungen. Der Angeklagte wurde vor dem District Magistrate Court wegen »Missachtung eines Chiefs« beschuldigt und von diesem verurteilt, weil er vor dem Palast des »Chiefs« Steine aufgesammelt, diesen in einer daraufhin einberufenen Versammlung direkt angesprochen und sich schließlich geweigert hatte, die dort festgesetzte Strafe zu zahlen. Der High Court hob die Entscheidung mit der Begründung auf, dass nur ein schriftliches Gesetz als Grundlage für eine Bestrafung in Frage kommen könne.<sup>548</sup> Diese Entscheidung stellt mit ihrer polemischen und sexualisierten Beschreibung der absoluten Macht des »Chiefs« in vergangenen Zeiten eine Ausnahme dar; in den meisten

---

<sup>546</sup> *Billa v. Salifu* [1971] 2 GLR 87 (91).

<sup>547</sup> *Debrah v. The Republic* [1991] 2 GLR 517 (533).

<sup>548</sup> Dies wurde später in Art. 19 (11) der Verfassung von 1992 festgeschrieben. Inzwischen stellt Sec. 63 des Chieftaincy Act die Beleidigung eines »Chiefs« unter Strafe.

jüngeren Entscheidungen wird nach wie vor die besondere Stellung traditioneller Autoritäten betont. Allerdings wird zugleich die Rollenaufteilung hinsichtlich der Expertise – »Chiefs« als Experten der Tradition, Juristinnen und Juristen als Fachleute des Rechts – betont. Bezüglich des Wissens über Gewohnheitsrecht kommt den »Chiefs« damit allenfalls eine beratende Funktion zu und keine Autorität, die staatliche Gerichte bindet. Dass es die staatlichen Gerichte sind, welche die höchste Autorität in (gewohnheits-)rechtlichen Fragen darstellen, wird in *Abangana v. Akologo* – einer Entscheidung, die abermals das Recht der Frafra im nördlichen Ghana betrifft – ganz ausdrücklich betont:

»[S]ince [...] the question as to the existence or content of any rule of customary law is one of law, the court becomes the final arbiter and is not bound to follow the expert opinion if in the court's considered view, the particular custom is unreasonable, obsolete or is repugnant to principles of equity, good conscience and natural justice, or is contrary to decisions of superior courts, or not in step with modern notions.«<sup>549</sup>

Die Frage, ob die Gerichte an die Aussagen von Experten gebunden sind, wird hier mit der Möglichkeit einer Inhaltskontrolle durch die Richterinnen und Richter verbunden. Eine ähnliche Haltung kommt zum Ausdruck, wenn der (ortsfremde) Richter eines District Courts in der nördlichen Upper East Region sagt:

»You always need to consult. As a judge you don't limit yourself. I mean you must have a very broad horizon. In case of any difficulty pertaining to the custom or the religion or the practice in an area in which you think you don't have enough knowledge you have to do research. [...] You can always call traditional authorities. You can always call expert witnesses who come to court and testify. And if you think that what they are saying will be of any help you take it.«<sup>550</sup>

Zwar artikuliert er deutlich eine Pflicht zur Nachforschung. Allerdings folgt hieraus keine Pflicht, bestimmten Beschreibungen zu folgen. Dies

---

<sup>549</sup> *Abangana v. Akologo* [1976] GLR 382 (386).

<sup>550</sup> Interview, Richter, District Court, Bolgatanga, 21.02.2008.



stellt einen deutlichen Bruch mit der kolonialen Praxis dar, in der die staatlichen Gerichte gerade bei Rechtsmitteln gegen Entscheidungen der Native Courts regelmäßig deren Feststellungen des Gewohnheitsrechts übernahmen. Eine vergleichbare Kooperation in Bezug auf den Inhalt von Gewohnheitsrecht findet sich allenfalls im Verhältnis zum National House of Chiefs. Wenn der Supreme Court letztinstanzlich in Chieftaincy-Angelegenheiten zu entscheiden hat, tendiert das Gericht dazu, auch in Rechtsfragen die Ansicht des National House zu teilen.<sup>551</sup>

Die Feststellung von Gewohnheitsrecht wird meist nur dann problematisiert, wenn die Entscheidung Gesellschaften aus dem Norden des Landes betrifft. In diesen Entscheidungen wird Gewohnheitsrecht nach wie vor als etwas Fremdes wahrgenommen. Es findet also eine gewisse Verlagerung statt, durch die nur noch bestimmte gewohnheitsrechtliche Ordnungen als unbekanntes »Recht der Anderen« betrachtet werden. Hinsichtlich der Frage, wessen Stimme bei der Feststellung von Gewohnheitsrecht Gewicht hat, sind die Entscheidungen von Kontinuität mit der Kolonialzeit geprägt: Weibliche Stimmen – seien es die von weiblichen traditionellen Autoritäten oder Verfahrensbeteiligten – haben offensichtlich kaum oder nur ein geringes Gewicht. Frauen bleiben in den Verfahren Nebenfiguren. Als Informationsquelle für Gewohnheitsrecht kommen sie jedenfalls nicht in Betracht.

### 3.4.2 Verstehen

Der Austausch zwischen verschiedenen normativen Ordnungen führt auch zu einer Begegnung unterschiedlicher Rationalitäten und Bedeutungszuweisungen. Verständigung ist daher ein wichtiger Aspekt dieses Aufeinandertreffens. Die eigenen Schwierigkeiten, die Bedeutung einer gewohnheitsrechtlichen Norm oder Institution richtig zu erfassen, werden von den staatlichen Gerichten nur ausnahmsweise aus-

---

<sup>551</sup> Kritisch hierzu beispielsweise Ampiah, der in abweichenden Voten betont, dass die unteren Houses näher an den jeweiligen Gewohnheitsrechten seien, vgl. *Madam Akua Nyamekye v. Mr. Anthony Kwaku Opoku* (unveröffentlichte Entscheidung des Supreme Court vom 12.04.2000, Az. CM 45/2000); *Op. Kojo Fori and Others v Op. Kofi Agyei and Another* (unveröffentlichtes Urteil des Supreme Court vom 18.10.2000, Az. CM 6/98).

drücklich reflektiert. Im Gegensatz zur Quellenfrage gilt das Verstehen von Gewohnheitsrecht grundsätzlich als unproblematisch. Dies ist insofern überraschend, als die Auseinandersetzung um die richtige Interpretation von staatlich gesetztem Recht offen diskutiert wird. Außerdem gibt es neben dem Interpretation Act aus dem Jahre 1960 (CA 4), der übergreifend die Bedeutung bestimmter gesetzlicher Termini festlegt, in zahlreichen Gesetzen Vorschriften, die dazu dienen, die Auslegung unbestimmter Begriffe und Konzeptionen vorzugeben.<sup>552</sup> Implizit wird aber Verstehen von den Gerichten durchaus problematisiert, wenn in den Entscheidungen mit anderen normativen Ordnungen verglichen wird, um den Sinn gewohnheitsrechtlicher Regeln zu erschließen. Hierbei kommen unterschiedliche Wertungen zum Ausdruck, die sich nicht selten mit der kolonialen Rechtsprechungspraxis auseinandersetzen. Eine Revision kolonialer Wertungen liegt auch vor, wenn betont wird, dass gewohnheitsrechtliche Ordnungen vernünftige, sinnvolle Ergebnisse bezwecken. Dieser Hinweis auf die Rationalität von Gewohnheitsrecht dient in den Entscheidungen zugleich dazu, konkrete Deutungen durchzusetzen.

#### 3.4.2.1 Vergleich – Gleichstellung und Abgrenzung

Wird das Verständnis gewohnheitsrechtlicher Normen durch die Gerichte problematisiert, so argumentieren diese häufig rechtsvergleichend, um ihre Auslegung zu untermauern. Dabei betonen sie sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede zwischen verschiedenen normativen Ordnungen. Die Analyse zeigt, dass es Parallelen zum kolonialen Umgang mit Gewohnheitsrecht, aber auch Brüche in der Rechtsprechung gibt. Aufschlussreich ist zudem, welche Rechtsordnungen überhaupt zum Vergleich herangezogen werden. Wichtigste Vergleichsordnung ist das englische Common Law. Nur ausnahmsweise wird dieser Vergleichsmaßstab ausdrücklich reflektiert. So wird in der Entscheidung *Ibrahim v. Amalibini* beispielsweise ausgeführt:

---

<sup>552</sup> Zum Beispiel: Sec. 18 des Intestate Succession Law, Sec. 18, 124 des Children's Act.

»With our colonial past and used as we have been to British ideas and concepts, it will not be amiss to make a comparative study of the British approach to the problem.«<sup>553</sup>

Der Kontakt zu den »British ideas and concepts« wirkt im Fallrecht ghanaischer Gerichte in zweierlei Hinsicht: Einerseits prägt es dieses materiell durch die andauernde Verwendung von Entscheidungen kolonialer Gerichte; andererseits beruht das Verfahrensrecht nach wie vor auf den Grundsätzen des englischen Common Law. Das Common Law wirkt aber nicht nur aufgrund des fortbestehenden Fallrechts als Standard. Weniger direkt spielt es auch über die Ausbildung der Richterinnen und Richter nach wie vor eine große Rolle. So behandelt ein Großteil der verwendeten Ausbildungsliteratur englisches Common Law.<sup>554</sup> Auch die bessere Verfügbarkeit englischer Entscheidungen begünstigt deren besondere Bedeutung.

In den meisten Entscheidungen wird betont, dass sich englisches Common Law und ghanaisches Gewohnheitsrecht grundsätzlich unterscheiden.<sup>555</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass einzelne Regeln nicht übereinstimmen bzw. ähnlich sein können. Ein interessantes Beispiel für die Bedeutung des Vergleichs für das Verständnis von Gewohnheitsrecht ist die Entscheidung *Hansen v. Ankrah* aus dem Jahre 1985.<sup>556</sup> Darin kommen die beiden entgegengesetzten Mechanismen von Entfremdung und Abgrenzung deutlich in den unterschiedlichen Voten zum Ausdruck. Die Beteiligten waren Mitglieder einer verzweigten Großfamilie in Accra. Die beiden Kläger H und K verklagten in ihrer Eigenschaft als Oberhäupter verschiedener Familienzweige unter anderem den A als Oberhaupt der Gesamtfamilie. Dieser hatte eine Entschädigung für eine staatliche Landenteignung auf sein eigenes

---

<sup>553</sup> *Ibrahim v. Amalibini* [1978] GLR 368 (392).

<sup>554</sup> Allerdings werden zunehmend auch Bücher zu ghanaischem Recht veröffentlicht und für die Ausbildung verwendet. Beispielsweise lernen die Magistrates an der School of Law das Ehe- und Kindschaftsrecht anhand eines ghanaischen Textbuches, Offei, *Family Law*, 2001.

<sup>555</sup> Vgl. beispielsweise *Afful v. Okyere and Another* [1997–98] 1 GLR 730 ff. in Hinsicht auf Schadensersatz wegen Beleidigung; *Owusu and Another v. Agyentoa* [1995–96] 1 GLR 45 in Bezug auf Erbrecht.

<sup>556</sup> *Hansen v. Ankrah*, [1987–88] 1 GLR, 639–726.

Bankkonto statt auf das der Familie überwiesen.<sup>557</sup> H und K hatten vor dem High Court erfolgreich geklagt. Dieses Urteil war vom Court of Appeal aufgehoben worden. Die Beklagten hatten hierbei unter anderem vorgetragen, dass der von den Klägern behauptete Anspruch auf Rechnungslegung dem Gewohnheitsrecht fremd sei. Gegen dieses Urteil wendeten sich die Kläger, deren Rechtsmittel jedoch vom Supreme Court zurückgewiesen wurde. Allerdings erging die Entscheidung mit 3:2 Stimmen denkbar knapp. Die Mehrheit des Gerichts war davon ausgegangen, dass gewohnheitsrechtlich von einer »Immunity of the head of the family«-Doktrin auszugehen und eine Klage auf Rechnungslegung daher ausgeschlossen sei. Entscheidend ist dafür die Frage, welche Rechte und Pflichten ein »Familienoberhaupt« hat, um was für ein rechtliches Institut es sich letztlich also handelt. Umstritten war innerhalb des Supreme Court vor allem, ob das ghanaische Familienoberhaupt mit dem Treuhänder, wie ihn das englische und US-amerikanische Recht kennen, gleichgesetzt werden kann. Dass durch die Entscheidung des Streits neben der Frage der Vergleichbarkeit verschiedener Rechte auch pragmatisch wichtige Weichen hinsichtlich der Organisation und den inneren Machtverhältnisse ghanaischer Familien gestellt werden, wird in der Entscheidung ebenfalls diskutiert. Welche praktische Relevanz diese Frage hat, zeigt sich auch daran, dass der damals regierende PNDC noch im selben Jahr ein Gesetz erließ, dass die Rechenschaftspflicht des Familienoberhaupts abweichend regelte.<sup>558</sup> Vom Verständnis davon, welche Rolle ein ghanaisches Familienoberhaupt einnimmt, hängt die Antwort auf die rechtliche Frage ab, ob es zur Rechnungslegung gegenüber anderen Familienmitgliedern verpflichtet ist. Von Teilen des Supreme Court wird die

---

<sup>557</sup> Der Sachverhalt verdeutlicht, dass über die gewohnheitsrechtliche Gestaltung innerfamiliärer Vertretungs- und Kontrollbefugnisse auch gesellschaftliche Bereiche betreten werden, die nichts mit der verbreiteten Vorstellung von ruralen Räumen des Traditionellen zu tun haben. Hier geht es um Bewohner der Hauptstadt, um modernen Bankverkehr und um hohe Summen. Es kann sich auch gar nicht um »traditionelles« Gewohnheitsrecht handeln, wenn darüber gestritten wird, ob ein Familienoberhaupt vor einem staatlichen Gericht auf Rechnungslegung verklagt wird. Dies wird vom Gericht nicht weiter problematisiert.

<sup>558</sup> Es handelte sich hierbei nicht um eine unmittelbare legislative Reaktion auf die Entscheidung des Supreme Court. Das Gesetz war nämlich bereits ein Jahr zuvor entworfen worden, vgl. Woodman, 17 *Review of Ghana Law* (1989-90), 361 ff.

Stellung des Familienoberhaupts als die eines Treuhänders beschrieben:

»We do not think that it can be open to doubt that a head of family who is in possession of family property fits the description of a fiduciary. The American Restatement of the Law of Trusts provide [sic] a helpful definition of a fiduciary-beneficiary relationship. It says [...]«<sup>559</sup>

Die Beschreibung des Familienoberhaupts als Treuhänder trifft »zweifelloso« zu. Durch diese Gleichsetzung kann auf ein US-amerikanisches Restatement zurückgegriffen werden, um das Verhältnis zwischen Treuhänder und Treugebern zu beschreiben und die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen festzulegen. Dies führt dazu, eine Rechenschaftspflicht zu bejahen. Der Vergleich hat also unmittelbare rechtliche Folgen. Die Ausführungen zur Vereinbarkeit der Rechnungspflicht mit dem Gewohnheitsrecht münden schließlich in einer Adaptation der kolonialen Repugnancy-Klausel. Statt Gewohnheitsrecht an externen Gerechtigkeitskriterien zu messen, führt das Gericht das Kriterium gewohnheitsrechtlicher Gerechtigkeitsüberzeugungen ein und postuliert die Konformität seiner Entscheidung mit diesem Standard:

»[I]t is accurate to say that the duty to account cast on a fiduciary towards his principal far from being repugnant to customary law, is in fact accord with customary notions of justice.«<sup>560</sup>

Hier wird also nicht gefragt, ob Gewohnheitsrecht »repugnant« ist, sondern argumentiert, dass ein bestimmtes Verständnis von Gewohnheitsrecht mit allgemeinen gewohnheitsrechtlichen Gerechtigkeitsvorstellungen vereinbar ist. In Umkehrung der kolonialen Praxis ist Gewohnheitsrecht hier also nicht Objekt einer Bewertung, sondern Maßstab für die Validierung einer konkreten Auslegung. Durch den Verweis auf die »customary notions of justice« wird eine »kulturelle« Dimension des Vergleichs eröffnet. Diese wird allerdings erst in der entgegengesetzten Argumentation ausdrücklich aufgegriffen. Gegen

<sup>559</sup> Hansen v. Ankrah, [1987-88] 1 GLR, 639 (647).

<sup>560</sup> Hansen v. Ankrah, [1987-88] 1 GLR, 639 (650).

die Gleichsetzung von ghanaischem Familienoberhaupt und anglo-amerikanischem Treuhänder wird in einem abweichenden Votum eingewendet:

»Who is a head of family in Ghanaian society? The status of ›head‹ can be traced to the origin of our society. [...] This peculiar institution is unknown to Anglo-Saxon or Anglo-American jurisprudence. It is for the lack of adequate or compendious nomenclature in English that the head is sometimes referred to in judgements of these courts and in textbooks as a trustee. A proper trustee must by reason of his duties keep proper books of accounts of funds or property which are entrusted to him. [...] A head of family unlike a trustee, owes no such duty.«<sup>561</sup>

Das Familienoberhaupt ist danach gerade nicht mit einem Treuhänder vergleichbar. Lediglich linguistische Zwänge – das Fehlen eines dem Oberhaupt entsprechenden Begriffs in der englischen Sprache – führen dazu, dass beide oftmals gleichgesetzt werden. Zugleich wird darauf hingewiesen, dass das Institut des Familienoberhauts zu den Grundlagen (»origins«) der ghanaischen Gesellschaft zählt und es sich hierbei um eine besondere, eigene (»peculiar«) Institution handelt. Diese Ansicht gibt sich nicht damit zufrieden, lediglich Differenz zu postulieren:

»By this course, the dignity of the office of head and the unity of the family is preserved. This is important as the homogeneity of the family unit which in the past had been an overriding consideration and which is presently under siege with the uncritical imbibing of western culture and influences may be reserved.«<sup>562</sup>,

Und:

»The fact that western culture debunks these concepts is no reason why we should set them at nought when evaluating known and current tradition and practice. It is not what one believes in, but what prevails; that is the customary law.«<sup>563</sup>

---

<sup>561</sup> Hansen v. Ankrah, [1987-88] 1 GLR, 639 (660 ff.).

<sup>562</sup> Hansen v. Ankrah, [1987-88] 1 GLR, 639 (712).

<sup>563</sup> Hansen v. Ankrah, [1987-88] 1 GLR, 639 (721).

Die zuvor postulierte Differenz wird hier kulturalisiert. Es steht also eine Abgrenzung im Vordergrund, bei der durch die Gegenüberstellung ghanaischer Werte und Vorstellungen mit fremden (seien sie englisch, amerikanisch oder allgemein »westlich«) diese als grundsätzlich anders und unvereinbar dargestellt werden. Diese Gegenüberstellung folgt kolonialen Beschreibungsmustern, hat aber ein umgekehrtes Vorzeichen, in dem es die »eigenen«, ghanaischen Werte als gesellschaftlich adäquat und damit überlegen bevorzugt.

Es zeigt sich also, dass mit der Betonung von Gleichartigkeit bzw. Differenz unterschiedliche Argumentationsmuster zur Anwendung kommen: Der Vergleich, der nach funktioneller Äquivalenz sucht, betont die Rationalität bestimmter Regeln. Gleichzeitig dient der Hinweis auf die gleiche Funktion verschiedener Normen dazu, Analogien und Entsprechungen zwischen verschiedenen normativen Ordnungen zu schaffen. Denn es ist gerade das Abstellen auf die Funktion einer Norm – und nicht etwa auf formale Elemente – das es ermöglicht, Ähnlichkeiten zu betonen und Unterschiede zu verdecken. Ausgangspunkt ist hierbei – wie im lange Zeit dominanten akademischen Zugang zum Rechtsvergleich<sup>564</sup> – die Annahme einer grundsätzlichen Ähnlichkeit von verschiedenen Gesellschaften und rechtlichen Herausforderungen – die »*praesumptio similitudinis*«. Allerdings soll dies in der Rechtsprechung nicht dazu dienen, nach einer optimalen juristischen Lösung zu suchen. Denn gleichzeitig wird auch die Gleichwertigkeit der unterschiedlichen normativen Ordnungen postuliert. Die Funktion einer Regel wird also als »*tertium comparationis*« herangezogen und so Gleichartigkeit hergestellt. Dies zeigt, dass bereits die Wahl des »*tertiums*« von dem Ziel vorbestimmt ist, das mit dem Vergleichen erreicht werden soll. Dessen Ergebnis wird wiederum durch die Wahl des »*tertiums*« vorgegeben.<sup>565</sup> Die unbestrittene Sinnhaftigkeit des Vergleichsgegenstands – im Regelfall modernes, insbesondere englisches Recht – führt dazu, ein bestimmtes, durch die Gleichstellung ebenso für sinnvoll erklärtes Verständnis von Gewohnheitsrecht

---

<sup>564</sup> Siehe etwa die Kritik bei Frankenberg, 26 *Harvard International Law Journal* (1985), 411 (435 ff.).

<sup>565</sup> Matthes bezeichnet solche Vergleichspraktiken als »*self-fulfilling prophecy*«, siehe Matthes, *The Operation Called »Vergleichen«*, in: Matthes (Hrsg.), *Zwischen den Kulturen?*, 1992, S. 83.

zu legitimieren. Demgegenüber wird mit Hinweis auf kulturelle Differenz die Adäquanz der eigenen, afrikanischen bzw. ghanaischen Werte hervorgehoben. In beiden Fällen dient der Vergleich der Legitimierung konkreter Interpretationen von Gewohnheitsrecht, dem hierbei ein hoher Status zugesprochen wird – entweder, weil es ähnlich und daher ebenfalls sinnvoll, oder, weil es anders, aber gerade deshalb passender ist.

Auch wenn die Unterschiedlichkeit von englischen und ghanaischen Wert- und Vernunftvorstellungen betont wird, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass Vernunft als Kriterium zur Bewertung von Recht aufgegeben wird. So wird auch beim Vergleich mit dem englischen Common Law ausdrücklich der Sinn gewohnheitsrechtlicher Normen betont. Die »ratio« dient dann dazu, das Gewohnheitsrecht aufzuwerten. Dies kann als eine Art postkolonialer Widerstand gegen das Unverständnis britischer Kolonialgerichte verstanden werden. So wird in Ibrahim v. Amalibini zunächst betont, dass das Gewohnheitsrecht der Frafra »zivilisierten Standards« entspreche:

»[T]he Frafra customary law has a better moral claim to legal validity and therefore to be in accordance with good conscience than the British common law position and if the British are a civilised society, then the Frafra custom on the matter passes with flying colours and in accordance with notions in civilised societies.«<sup>566</sup>

Daraufhin erläutert das Gericht den Hintergrund für die kindschaftsrechtlichen Normen der Frafra und betont, dass die gewohnheitsrechtliche Norm eine »vernünftige Grundlage« habe:

»A brief study of the custom by which the natural son of one is deemed the legal son of another can shed some light on the rational foundation of the Frafra customary law. [...] Having regard to the purposes which the customary law was designed to serve, I think it will not be right to regard the rights and obligations which it creates as invalid.«<sup>567</sup>

---

<sup>566</sup> Ibrahim v. Amalibini [1978] GLR 368 (392).

<sup>567</sup> Ibrahim v. Amalibini [1978] GLR 368 (393).



Die Gerichte vergleichen aber nicht nur mit ausländischem Recht. Auch die Betonung von Parallelen zu anderen Gebieten des staatlichen Rechts in Ghana dient dazu, den Sinn von Gewohnheitsrecht zu erfassen und einzuordnen.<sup>568</sup> Auch hier weisen die Gerichte eher implizit auf Parallelen hin, um eine bestimmte Deutung zu legitimieren. Im Vordergrund steht hierbei die Ähnlichkeit bzw. Übertragbarkeit rechtlicher Konzeptionen, die das Vorhandensein universaler Vernunftlösungen betonen. Dies wird in einer anderen Entscheidung deutlich, in der die gewohnheitsrechtlichen Erfordernisse für ein Amtsenthebungsverfahren mit denen des ghanaischen Verfassungsrechts verglichen werden:

»The prescription of Akan customary law that the decision to depose a chief should meet the wishes of the majority of the kingmakers and should not be a one-man affair, is to some extent, reflected in our national Constitutions. The President of Ghana is the highest placed individual in the country. He has not only executive authority of the State vested in him, but is also the fount of honour. [...] He too can be removed from office, but being the serious step that it is, the machinery to secure his disposition cannot be set in motion by any one individual, however highly placed, patriotic or public-spirited. Article 48 of the Constitution, 1969, demanded that a notice seeking his deposition must be ›signed by no less than twenty-five members of the National Assembly.‹ Article 56 of the Constitution, 1979, prescribed an even greater number. Under it a notice for the removal shall be ›signed by not less than one-third of all the members of Parliament.‹ [...] Although the numerical requirement of our Constitution does not tally with the customary law requirement, it reflects the same philosophy, i.e. the removal of a highly placed political personage should not be the prerogative of a single individual but must be the result of the meeting and union of minds of a number of persons who are so placed that they would give the matter the earnestness it deserves. I would decline to say that the customary law requirement for capacity to bring destoolment proceedings propounded by the National House of Chiefs, [sic] is unreasonable.«<sup>569</sup>

<sup>568</sup> Vgl. etwa Gyan Alias Amoah and Another v. Dabrah [1974] 2 GLR 318 (323).

<sup>569</sup> Sarkodee I v. Boateng II [1982-83] GLR 715 (722-723).

Zwar wird darauf hingewiesen, dass sich die konkreten Mindestzahlen für eine Amtsenthebung des Präsidenten sich von gewohnheitsrechtlichen Quoten unterscheiden. Das Gericht betont aber, dass »Gewohnheitsstaatsorganisationsrecht« und staatliches Organisationsrecht der gleichen »Philosophie« folgen. Letztlich handelt es sich um eine zirkuläre Argumentation wenn das Gericht zunächst feststellt, dass das staatliche Verfassungsrecht gewohnheitsrechtliche Wertungen reflektiert, um dann wiederum die Gemeinsamkeit der verschiedenen Ordnungen dafür heranzuziehen, den vom National House of Chiefs festgelegten Inhalt des Gewohnheitsrecht zu bestätigen. Denn dieser ist gerade wegen der Parallele zum Verfassungsrecht des Staates vernünftig. Während für Abgrenzung und Unübertragbarkeit oftmals kulturalistisch argumentiert wird, stehen zur Untermauerung von Parallelen und Entsprechungen hier Vernunftüberlegungen im Vordergrund.

Schließlich vergleichen die Gerichte auch unterschiedliche gewohnheitsrechtliche Ordnungen miteinander. Dieser Vergleich dient dazu, entweder die Vielfalt oder die Einheitlichkeit ghanaischer Gewohnheitsrechte zu betonen. Eine der wichtigsten Unterscheidungen ist hierbei die zwischen matrilinear und patrilinear organisierten Gesellschaften. Im Gegensatz zur stillschweigenden Vereinheitlichung von Gewohnheitsrecht, wie sie für den Übersetzungsschritt des Feststellens beschrieben wurde, wird durch den Hinweis auf solche Unterschiede die mangelnde Übertragbarkeit vorheriger Entscheidungen begründet. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die staatlichen Gerichte rechtsvergleichende Argumente ganz unterschiedlich einsetzen. Einen besonderen Stellenwert nimmt die Auseinandersetzung mit englischem Common Law ein, das oft als Maßstab herangezogen wird. Sowohl die Gleichsetzung mit diesem als auch die Betonung kultureller Differenz dient den staatlichen Gerichten, sich der Qualität gewohnheitsrechtlicher Ordnungen zu vergewissern.

### 3.4.2.2 Making sense – »Customary law does that which is reasonable«

Bereits beim Vergleich mit anderen Rechtsordnungen spielt die Betonung der Vernünftigkeit von Gewohnheitsrecht eine wichtige Rolle. Der vernünftige Hintergrund einer gewohnheitsrechtlichen Norm wird aber nicht nur beschworen, wenn Gewohnheitsrecht mit anderen Rechtsordnungen verglichen wird. Vernunftüberlegungen finden sich auch im Umgang mit Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellenlehre des englischen Common Law. Dort ist die Vernünftigkeit (»reasonable«) einer Norm ausdrücklich Voraussetzung dafür, sie überhaupt als Gewohnheitsrecht anzuerkennen.<sup>570</sup> Eine solche Wirksamkeitsvoraussetzung gab es zu keiner Zeit in den gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung von Gewohnheitsrecht in Ghana. Die ghanaischen Gerichte verlangen auch nur ausnahmsweise ausdrücklich, dass Gewohnheitsrecht vernünftig sein muss, um als Recht anerkannt zu werden.<sup>571</sup> Mittelbar spielt der »Sinn« gewohnheitsrechtlicher Normen in der Rechtsprechung aber eine ähnlich große Rolle wie im englischen Recht. Warum Gewohnheitsrecht vernünftig zu sein hat und welcher Maßstab hierfür herangezogen wird, wird allerdings nur selten angesprochen. In *Hammond v. Odoi and Another* wird zur Untermauerung eines konkreten Verständnisses die Legitimität einer gewohnheitsrechtlichen Norm – verstanden als ihre soziale Akzeptanz – herangezogen:

»Surely, it is because of its rational foundation having regard to native ideas that customs obtain the assent of the people.«<sup>572</sup>

Üblicherweise wird Vernünftigkeit als Argument herangezogen, wenn ein abweichendes Verständnis abgelehnt, alternative Lesarten also verdrängt werden sollen. Gerade in der Auseinandersetzung mit ande-

<sup>570</sup> Vgl. Lobban, Custom, Common Law Reasoning and the Law of Nations in the nineteenth Century, in: Perreau- Saussine/Murphy (Hrsg.), *The Nature of Customary Law*, 2007, S. 259 f.

<sup>571</sup> Eine direkte Anknüpfung an diese Grundsätze englischen Common Laws erfolgt in der ghanaischen Rechtsprechung nur ausnahmsweise, so z.B. in *Opoku v. Nyamekye* [1999-2000] 1 GLR 653 (658).

<sup>572</sup> *Hammond v. Odoi and Anthr* [1982-83] GLR 1215 (1261).

ren Autoritäten – etwa vorherigen Entscheidungen oder Sarbahs Werk – wird der Aspekt der Rationalität verwendet, um eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung zu rechtfertigen.

»At times common sense dictates the law. [...] My stand on this point is the view I hold that a common sense approach to solving some issues involving custom is far better than existing views of textbook writers especially where the latter have no area of common agreement.«<sup>573</sup>

Hier wird der »gesunde Menschenverstand« bemüht, um von den Darstellungen verschiedener Textbücher abzuweichen. Zwar mögen bestimmte gewohnheitsrechtliche Normen früher vernünftig gewesen sein. Da sich die Zeiten jedoch geändert haben, ist dies nicht mehr der Fall. Beispielhaft für eine solche Argumentationsweise ist die Entscheidung des Court of Appeal in *Attah and Others v. Esson*. Darin wird ausgeführt:

»[C]ustomary law embodies the rules of conduct of the people at a particular time. These rules represent what is reasonable in any given situation in the society. Customary law, therefore, must develop and change with the changing times. What was reasonable in the social conditions of the nineteenth century would not necessarily be reasonable today. A contrary theory would ensure that the customary law becomes ossified and incapable of growth to meet new challenges and demands.«<sup>574</sup>

Das Gericht benutzt also das Argument drohender »Erstarrung«, das im Schrifttum meist allgemein als Einwand gegen die offizielle Version der staatlichen Gerichte vorgebracht wird,<sup>575</sup> um eigene Modifikationen zu rechtfertigen. Anders als die Wissenschaft erklärt es nicht nur, dass sich das »lebende« Gewohnheitsrecht verändert. Es postuliert vielmehr, dass es sich verändern müsse, um zeitgemäß zu bleiben. Als Motor dieser Veränderung fungiert hier aber nicht mehr die Gesellschaft, sondern das Gericht, das unzeitgemäßes Recht anpasst. Noch

---

<sup>573</sup> *Abadoo v. Awotwi* [1973] 1 GLR 393 (410).

<sup>574</sup> *Attah and Others v. Esson*, 1 GLR [1976] 128 (132).

<sup>575</sup> Vgl. hierzu 2.3.5.2.

deutlicher spricht dies der Court of Appeal in einer älteren Entscheidung aus:

»Stagnation of the law in a fast developing State should be regarded with abhorrence.«<sup>576</sup>

Die Notwendigkeit einer Anpassung wird jedoch eher selten bemüht. Wichtiger ist eine Phrase, die ihren Ursprung in der kolonialen Rechtsprechung hat: »Customary law does that which is reasonable«. Allerdings hat sich diese Formel inzwischen weitgehend von ihren Wurzeln gelöst.<sup>577</sup> Oft wird auf spätere Entscheidungen verwiesen, in denen ghanaische Gerichte diese Formel aussprechen, oder es wird keinerlei Quelle angegeben. Dass Gewohnheitsrecht vernünftig ist, wird auf diese Weise zum juristischen Allgemeinplatz. Hierbei handelt es sich nicht mehr um eine Voraussetzung für die Anerkennung von Gewohnheitsrecht, sondern um dessen konstitutives Merkmal: »Unreasonable« wird in dieser Argumentation zu »not customary«.<sup>578</sup> Die Formel dient nicht dazu, Gewohnheitsrecht als vernünftiges Recht in Hinsicht auf die aus der Kolonialzeit stammende Abwertung zu rehabilitieren, sondern dazu, eine bestimmte Auslegung gegenüber Alternativen zu legitimieren. Da es grundsätzlich vernünftig ist, kann auch nur das als Gewohnheitsrecht angesehen werden, was in den Augen des entscheidenden Gerichts der Vernunft entspricht. Dies verdeutlicht, wie dicht Verstehen und Feststellen beieinander liegen. Die Gerichte nehmen also eine Rationalisierung von Gewohnheitsrecht vor, um abweichende Vorstellungen zu verdrängen. So wird in einer Entscheidung des Supreme Court formuliert:

»[A]ny custom which seeks to deny a child from succeeding to his or her mother's estate must be held to be unconscionable

---

<sup>576</sup> Sasraku v. David and Others [1959] GLR 7 (14).

<sup>577</sup> Das Originalzitat lautet: »No doubt there are some native customs which are more or less inflexible, but native customs generally consists of the performance of the reasonable in the special circumstances of the case.«, Yerenchi v. Akuffoo and Others (1905) 1 Renner's Gold Coast Reports, 362 (367). Dieser Grundsatz fand in der konkreten Entscheidung gerade keine Anwendung, sondern wurde ausdrücklich als Argument gegen übermäßige Klagen über Verfahrensfehler in traditionellen Gerichten verwendet.

<sup>578</sup> Annan v. Kwogyirem, 1 GLR [1975], 291 (296).

and contrary to good sense and should not be entertained in any customary law jurisprudence in Ghana.«<sup>579</sup>

Dieses Zitat verdeutlicht, dass es dem Gericht nicht darum geht, festzustellen, welche Normen praktiziert werden. Voraussetzung dafür, als Gewohnheitsrecht anerkannt zu werden ist, dass eine Norm nicht gegen »good sense« verstößt. Wie sehr die Rationalität dabei zur Geltungsvoraussetzung wird, verdeutlicht die Entscheidung in *Asante v. Wiredu*, in der es heißt:

»Indeed such a customary law claim cannot be said to offend against common sense, equity and good conscience.«<sup>580</sup>

Das Gericht verwendet hier eine Formel, die an die Repugnancy-Klausel erinnert. Der hergebrachte Bestandteil der »natural justice« wird dabei jedoch gegen »common sense« – den gesunden Menschenverstand – ausgetauscht. Vereinzelt regt sich aber auch Widerstand gegen diese Privilegierung von Vernunft:

»Each case must be decided on the facts before the tribunal and where there is an existing customary practice pertaining to abdication in the particular community, that established custom should not be set aside or ignored on the sole ground that it is not reasonable, it is the custom of the people; it must be applied to them!«<sup>581</sup>

Hinter der Ablehnung »unvernünftigen Rechts« verbergen sich nicht selten inhaltliche Konflikte zwischen unterschiedliche Rechtsordnungen. Indem Gerichte die Vernunft von Gewohnheitsrecht zu dessen Eigenschaft und damit zur Voraussetzung seiner Anerkennung machen, konstruieren sie dieses konfliktvermeidend. Allerdings geschieht dies implizit, ohne das auf Normen oder Wertungen aus staatlichem Recht – insbesondere der Verfassung – verwiesen wird.

---

<sup>579</sup> *Amponsah and Others v. Budu* [1989-90] 2 GLR 291 (309).

<sup>580</sup> *Asante v. Wiredu* [1976] 1 GLR 100 (104). Eine ähnliche Verbindung nimmt das Gericht in einer weiteren Entscheidung vor, in der es allerdings ausführt, dass unvernünftiges Gewohnheitsrecht »repugnant against natural justice, equity and good conscience« sei, *Atomo v. Tekpetey* [1980] 738 (743)

<sup>581</sup> *Huago and Others v. Djangmah II and Others* [1997-98] 1 GLR 300 (314).

### 3.4.3 Reverbalisieren

Der letzte Schritt eines Übersetzungsprozesses ist das Reverbalisieren in der Zielsprache. Hierbei überschneiden sich Übersetzungstätigkeit im engeren Sinne – die Übersetzung aus ghanaischen Sprachen in die englische Gerichtssprache – mit dem Übersetzen im weiteren Sinne. Ein Gericht muss das jeweilige Gewohnheitsrecht in einen existierenden rechtlichen Rahmen einbinden. Der Umgang mit sprachlicher Vielfalt spiegelt die Ungleichbehandlung verschiedener Gewohnheitsrechte wider, die schon hinsichtlich des Feststellens als ein die staatliche Rechtsprechung prägendes Moment ausgemacht wurde. Im Rahmen des Reverbalisierens müssen auch inhaltliche Widersprüche zwischen staatlichem und Gewohnheitsrecht verhandelt werden. Es herrscht Uneinigkeit darüber, welche Rolle die staatliche Rechtsprechung im Falle von Konflikten zu spielen hat. Vor allem in jüngerer Zeit dient die Frage nach den entsprechenden Kompetenzen zugleich der Auseinandersetzung mit dem kolonialen Erbe staatlicher Gerichtsbarkeit.

Wie eng sprachliche Fragen der Bezeichnung mit dem Verständnis der jeweiligen Normen verbunden ist, zeigt sich etwa, wenn in der Entscheidung *Ibrahim v. Amalibini* kritisiert wird, dass die Beschlüsse traditioneller Autoritäten fehlerhaft in die Rechtsprechung der Native Tribunals übertragen wurden:

»The newly created colonial native tribunals in attempting to give expression to this ancient practice of the elders misdescribed it as ›order.‹ It is in a sense of [sic] malapropism. [...] It is obvious therefore that this ancient advisory device forged by the jurisprudence of our traditional laws in a worthy effort calculated to preserve our customary marriage was transposed into the modern judicial system which followed the pacification of our native states by the British. That device it would seem had no counterpart in the nomenclature of the co-ercive tribunals which emerged, used as these tribunals were to ›orders.‹«<sup>582</sup>

---

<sup>582</sup> *Ibrahim v. Amalibini* [1978] GLR 368 (383-385).

Das Gericht betont, dass die Übertragung der tatsächlichen Vorgehensweise in die »Native Tribunals« und das koloniale Rechtssystem scheitern musste, da es in der modernen, englischen Nomenklatur keinen entsprechenden Ausdruck gab.

#### 3.4.3.1 Lehnwörter als Garanten der Authentizität?

Die offizielle Sprache staatlicher Gerichte in Ghana ist Englisch.<sup>583</sup> Es ist aber oftmals nur die offizielle, für die Beteiligten eines Rechtssstreits nicht selten fremde Sprache. Die »Muttersprache« der Gewohnheitsrechte bilden die lokalen Sprachen und Dialekte der jeweiligen Gesellschaften, in denen sie praktiziert werden. Mit der Ebene der Sprache ist ein Aspekt des Übersetzens erreicht, der im Gegensatz zur Frage des Verstehens deutlich sichtbar ist. Eine verbreitete Strategie in Übersetzungen literarischer Texte ist die Verwendung von Lehnwörtern. Lehnwörter werden eingesetzt, wenn es keine Entsprechung in der Zielsprache gibt. Hierbei werden Begriffe aus der Ausgangssprache unverändert übernommen, um eine Unübersetzbarkeit wegen großer Differenz zu bewältigen.<sup>584</sup> Dies kann als Beleg für den Wunsch nach Originaltreue verstanden werden. Wichtig ist aber nicht nur, welche Sprachen in den Gerichtsentscheidungen verwendet werden, sondern auch, wie diese in den Texten typographisch eingebunden werden. Regelmäßig werden Lehnwörter als solche gekennzeichnet und hervorgehoben, etwa durch die Verwendung von Anführungszeichen oder kursive Schreibweise.

Die Schwierigkeit der Übersetzung bestimmter Begriffe wurde auch in der ghanaischen Rechtsprechung schon früh angesprochen. In der Entscheidung *Eku alias Condua III v. Acquaaah* führte das Gericht aus:

»Much of the difficulty surrounding this case relates to the use of the term or title ›headman.‹ It is a term to which one has to

---

<sup>583</sup> Insbesondere in den unteren Instanzen werden die Verhandlungen meist ergänzend in der lokalen Sprache bzw. einer Kombination aus dieser und Englisch geführt, vgl. Crook/u.a., *The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire*, 2007, S. 49 f.

<sup>584</sup> Vgl. z.B. Baker, *In Other Words*, 2001, S. 34. Laut Cao, *Translating Law*, 2007, S. 56 f. ist der Bedarf an Lehnwörtern gerade bei der Übersetzung von Rechtstexten besonders groß.



give some elastic interpretation when it is applied as an appellation or title to describe the holder of an office. It is a popular, but not a legal term; it is used in local parlance as a somewhat grandiloquent appellation for native chiefs. The term ›headman‹ is the English translation of our vernacular words ›Onukpa,‹ ›Amega,‹ ›Odikro‹ or ›Panyin,‹ etc. These are titles to the holders of the traditional office of headmen in our villages in various parts of the country.«<sup>585</sup>

Das Gericht problematisiert die Übersetzung der einheimischen Bezeichnungen für bestimmte traditionelle Autoritäten. Gleichzeitig verweist es darauf, dass der englische Begriff in der »local parlance« sehr ungenau verwendet wird und deshalb keine rechtliche Bedeutung hat. Zugleich wird die sprachliche Vielfalt außerhalb des Gerichts angesprochen. Mit der Abgrenzung zwischen der populären und rechtlichen Verwendung von Begriffen schwächt das Gericht die Bedeutung dieser außergerichtlichen Verwendung. Es spricht damit letztlich die Rückübersetzung des englischen Begriffs »headman« außerhalb des Gerichts an und erklärt diese für irrelevant. Diese ausdrückliche Reflexion über die Bedeutung unterschiedlicher Sprachen stellt in der Entscheidungspraxis allerdings die Ausnahme dar.

Beispielhaft ist die Entscheidung *Prempeh v. Agyepong*, in der es um die Gültigkeit eines letzten Willens und die Frage geht, ob ein solcher nach Gewohnheitsrecht vorliegt. Das Gericht führt im Leitsatz aus:

»In the instant case, the initial expression of the deceased in exhibit 1 indicated that he had intended to make a will under Act 360 and not samansiw, because he had specifically excluded a will under customary law and in any case at the time of writing exhibit 1 the deceased did not have any fear of imminent death.«<sup>586</sup>

Der aus dem Twi stammende Begriff wird des »samansiw« hier nicht hilfsweise – etwa in Klammern – verwendet, um eine englische Übersetzung zu erläutern. Er wird auch ohne typographische Kennzeichnung als Lehnwort in den Text integriert, also weder in Anführungs-

<sup>585</sup> Eku alias Condua III v. Acquah [1968] GLR 412 (459).

<sup>586</sup> *Prempeh v. Agyepong* [1993-94] 1 GLR, 255 (256).

zeichen gesetzt noch kursiv oder fett gedruckt. Dies verdeutlicht, dass sich die staatliche Rechtsprechung diesen Begriff angeeignet hat.

Samansiw ist nur ein Beispiel aus einer Reihe von Termini, die in den Entscheidungen regelmäßig unübersetzt bleiben. Diese Begriffe werden in der Entscheidungspraxis als selbsterklärend vorausgesetzt und dienen in den Law Reports sogar zur Verschlagwortung der Entscheidungen. Hierzu gehören etwa Begriffe wie »aseda«<sup>587</sup> (ein Geschenk, das als äußeres Zeichen die Annahme bestimmter Rechtsakte begleitet und damit als Hinweis auf das Vorliegen eines solchen Rechtsaktes angesehen wird) oder »abunu« und »abusa«<sup>588</sup> (bestimmten Formen der entgeltlichen Überlassung eines Grundstücks für landwirtschaftliche Zwecke)<sup>589</sup>. Lehnwörter werden aber nur für bestimmte Rechtsinstitute in die Gerichtssprache eingeführt. Andere Rechtsinstitute – beispielsweise Ehe, Scheidung oder Sorgerecht – werden dagegen ausnahmslos ins Englische übersetzt. Die Gerichte treffen somit eine Auswahl darüber, was sprachlich wie inhaltlich übersetzbar ist und was nicht. Die Gründe für diese Auswahl werden jedoch nicht genannt.

Eine vollständige Aneignung ist außerdem die Ausnahme. Häufiger werden Lehnwörter als Fremdworte übernommen und dies auch typographisch gekennzeichnet, also mit Hilfe der äußerlichen graphischen Gestaltung betont, dass es sich bei den Begriffen und dahinterstehenden Konzepten um etwas Fremdes handelt. Dies verdeutlicht, dass ghanaische Sprachen und gewohnheitsrechtliche Institute als unterschiedliche fremd angesehen werden. Diese Einordnung folgt dem bereits vorher beschriebenen Muster. Die vollständig angenommenen Begriffe entstammen alle dem Twi, der Sprache der Akan. Zwar werden vereinzelt auch Worte aus anderen lokalen Sprachen entlehnt. Eine mit der Verwendung von Begriffen aus dem Twi vergleichbare Aneignung findet jedoch nicht statt. Dies zeigt, wie eng die sprachliche

---

<sup>587</sup> Der Begriff wird zum Beispiel in *Kyei and Others v. Afriyie* [1992] 1 GLR 257, (261) einerseits in Anführungszeichen gesetzt und so als fremd markiert, zugleich aber nicht weiter erläutert, also als bekannt vorausgesetzt.

<sup>588</sup> Zur Unterscheidung dieser beiden Formen ausführlich: *Lamptey alias Nkpa v. Fanyie and Others* [1989-90] 1 GLR 286 ff.

<sup>589</sup> Die Formen unterscheiden sich vor allem danach, ob das Land zum Zeitpunkt der Überlassung bereits kultiviert ist und wie die erzielten Erträge aufzuteilen sind, vgl. Woodman, *Customary Land Law in the Ghanaian Courts*, 1996, S. 125 ff.

Gestaltung mit der Präferenz für bestimmte Quellen zusammenhängt. Die von den Gerichten am stärksten integrierte ghanaische Sprache betrifft die Gesellschaften, deren Rechte auch in maßgeblichen Textbüchern behandelt werden, allen voran Sarbahs »Fanti Customary Laws«. Es verdeutlicht außerdem den unterschiedlichen Stellenwert der verschiedenen gewohnheitsrechtlicher Ordnungen in der staatlichen Rechtsprechung

#### 3.4.3.2 Verhandeln von Konflikten: »The ghosts of the colonial era«

Potentielle Konflikte mit anderen Normen und Wertvorstellungen haben bereits maßgeblichen Einfluss darauf, was die Gerichte als Gewohnheitsrecht anerkennen. Auf diese Weise führt schon die Art und Weise, wie die Gerichte gewohnheitsrechtliche Normen verstehen, regelmäßig zur Vermeidung von Konflikten.<sup>590</sup> Es gibt dennoch zahlreiche Entscheidungen, in denen die Gerichte sich damit auseinandersetzen, ob Gewohnheitsrecht, das gegen anderes Recht verstößt, angewendet werden kann. Ihre kolonialen Vorläufer bestimmten vergleichsweise frei, ob und wann Gewohnheitsrecht »repugnant against natural law, equity and good conscience« war. Maßstab waren hierbei die eigenen, britischen Wertvorstellungen. Mit der Verfassung von 1992 als höchstem staatlichen Gesetz steht ein vergleichsweise klarer Maßstab für eine Inhaltskontrolle zur Verfügung. Dennoch herrscht keine Einigkeit darüber, wie die staatlichen Gerichte mit inhaltlicher Widersprüchlichkeit umgehen sollen. Obwohl Art. 26 Abs. 2 und Art. 39 Abs. 2 der Verfassung von 1992 nur eine vorbehaltliche Geltung von Gewohnheitsrecht nahelegen, existieren hierzu weder in der Verfassung noch in anderen Gesetzen detaillierte Vorschriften.

Eine ausdrückliche Kontrolle der Vereinbarkeit gewohnheitsrechtlicher Normen mit den verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechten hat sich bislang nicht etabliert.<sup>591</sup> Zwar wird in einer unveröffentlic-

---

<sup>590</sup> Vgl. 3.4.2.2.

<sup>591</sup> Auch hinsichtlich der Überprüfung staatlichen Handelns hat sich in Ghana keine Tradition gerichtlicher Kontrolle entwickelt, obwohl eine entsprechende Kompetenz bereits in der Verfassung von 1960 eingeführt wurde, vgl. Kwaku, Accounting for Jurisprudential Orientation, in: Mensah-Bonsu/u.a. (Hrsg.), Ghana Law Since Independence, 2007, S. 145 ff. Vielmehr räumt der Supreme Court der

ten Entscheidung des High Court im nördlichen Bolgatanga eine solche Kontrolle vorgenommen.<sup>592</sup> Die Entscheidung stellt mit dieser ausdrücklichen Inhaltskontrolle anhand verfassungsrechtlicher Vorgaben und dem Hinweis auf Art. 26 der Verfassung jedoch eine Einzelentscheidung dar. In *Aditanga v. Adingo and Another* ging es um das Sorgerecht des Klägers, des biologischen Vaters zweier Kinder der Beklagten. Die Beklagte zog nach dem Tod ihres Ehemannes nach Bolgatanga, wo sie den Kläger kennenlernte, mit ihm zusammenlebte und ein Kind gebar. Vor der Geburt des zweiten Kindes verließ sie den Kläger und wies dabei auf den Brauch der Frafra hin, wonach die Kinder zu ihrem verstorbenen Ehemann bzw. dessen Familie gehörten. Nur im Falle einer erneuten Heirat – für die eine Witwe jedoch die Zustimmung der Familie des Verstorbenen brauchte, die hier nicht vorlag – könnten die Kinder als diejenigen des neuen Ehemanns betrachtet werden. Eine Anwendung dieser Regeln lehnt das Gericht ab:

»In fact clause (2) of Article 26 states: »All customary practices which dehumanize or are injurious to the physical and mental well-being of a person are prohibited«. As much as I do not intend in any way to denigrate the custom in issue, I am obliged by the foregoing constitutional provision to measure the custom against the Constitution and decide whether it passes the test or not.«<sup>593</sup>

Auffällig ist, wie zurückhaltend das Gericht seine Kritik formuliert und beteuert, dass es den »Brauch« der Frafra nicht verleumden wolle. Es räumt ein, dass diese Praktik in der Vergangenheit durchaus nützlich gewesen sein mag, führt aber aus:

---

Exekutive in Anschluss an die Entscheidung *Re Akoto* aus dem Jahre 1961 einen vergleichsweise weiten Spielraum ein. Hinzu kommt, dass erst die aktuelle Verfassung von 1992 seit längerer Zeit Bestand hat. Ihre Vorgängerinnen wurde aufgrund von Militärcoups jeweils schon nach kurzer Zeit außer Kraft gesetzt. Es gab also bislang nicht die notwendigen äußeren Umstände für die Etablierung einer entsprechenden Rechtsprechung.

<sup>592</sup> Vgl. *Aditanga v. Adingo and Another*, unveröffentlichte Entscheidung des High Court, Bolgatanga, vom 25.07.2005 [Az.: E6/2/2005].

<sup>593</sup> *Aditanga v. Adingo and Another*, unveröffentlichte Entscheidung des High Court, Bolgatanga, vom 25.07.2005 [Az.: E6/2/2005], S. 4, Hervorhebung im Original.

»I concede that the custom may have had its advantages in the past when the family was much more instrumental in choosing a marriage partner for its members and education of children had not become so critical as it is today, and there was no comprehensive statute safeguarding the development and security of children.«<sup>594</sup>

Das Gericht weist also neben den verfassungsrechtlichen Vorgaben auch auf die Existenz des Children's Act hin. Unterschwellig argumentiert es dabei auch mit Fortschritt und gesellschaftlichem Wandel. Damit greift es auf eine Figur zurück, die in der staatlichen Rechtsprechung weit verbreitet ist. Entsprechende Modernisierungsargumente, finden sich mit unterschiedlicher Deutlichkeit in zahlreichen Entscheidungen, z.B.:

»Ghana is a developing state with remarkable social and economic transformations which render some of our customary rules antediluvian.«<sup>595</sup>

Oder:

»It is therefore reasonable that those old customs which are obnoxious or were founded on primitive and ignorant hypothesis must give way to present day rational explanations.«<sup>596</sup>

Die Frage, welche Kompetenzen staatlichen Gerichten zustehen, wenn sie Widersprüche zwischen Gewohnheitsrecht und staatlichem Recht oder ihren Gerechtigkeitsvorstellungen feststellen, wird nicht einheitlich beantwortet. Eine entscheidende Bedeutung kommt im Rahmen dieser Diskussion nach wie vor der kolonialen Repugnancy-Klausel zu – ob ausführlich zitiert, eher andeutend verwendet oder ausdrücklich abgelehnt.

»In the olden days, the fia custom would have been caught outright by what used to be labelled as the repugnancy rule: it would have been the custom that would qualify to be de-

---

<sup>594</sup> Aditanga v. Adingo and Another, unveröffentlichte Entscheidung des High Court, Bolgatanga, vom 25.07.2005 [Az.: E6/2/2005], S. 3.

<sup>595</sup> In Re Kofi Antubam (Decd.); Quaico v. Fosu and Another, [1965] GLR 138 (144).

<sup>596</sup> Ahevi v. Akoto IV, [1993-1994] 1 GLR 512 (532).

scribed as being repugnant to natural justice, equity and good conscience.«<sup>597</sup>,

heißt es in *Saakyi Mami v. Dede Paulina and Another*, einer Entscheidung des Supreme Court aus dem Jahre 2006. Dieser Verweis auf die »olden days« überrascht zunächst nicht, da die koloniale Repugnancy-Klausel ausdrücklich nicht in die Gesetzgebung des unabhängigen Ghana aufgenommen wurde. Allerdings führt das Gericht im anschließenden Satz weiter aus: »That principle was applied in *Atomo v. Tekpetey* [1980] GLR 738.« Die »olden days« liegen also noch nicht allzu lange zurück. Eine ganze Reihe weiterer Beispiele legt nahe, dass die Fortsetzung der kolonialen Repugnancy-Rechtsprechung bis in die jüngere Zeit eher den Normalfall bildete, obwohl es im Gesetz keinerlei Grundlage hierfür mehr gab. In der Entscheidung diskutiert das Gericht in einem obiter dictum – also rechtlich nicht bindend – die Frage, wie staatliche Gerichte mit Konflikten zwischen Gewohnheits- und geschriebenem Recht umgehen sollen. Die Klägerin und die Beklagte sind als einzige Töchter des A dessen Erbinnen. Die Klägerin war jedoch bei der Verteilung des Erbes nicht berücksichtigt worden. Grund dafür war ein Brauch der Krobo mit der Bezeichnung »fia«. Danach werden verheiratete Töchter nicht als Erbinnen berücksichtigt, da sie als Mitglied der Familie ihres Ehemannes angesehen werden. Nur wenn eine Tochter vor Eheschließung Kinder hat, die als illegitim angesehen werden, kann sie trotz späterer Heirat erben. Dies soll ihr die Mittel geben, für die illegitimen Kinder zu sorgen. Da in dem Rechtstreit beide Parteien uneheliche Kinder hatten, waren sie entsprechend dem Gewohnheitsrecht jeweils zu gleichen Teilen erbberechtigt. Die weiteren Äußerungen zur Wirksamkeit der gewohnheitsrechtlichen Norm sind also nicht streitentscheidend. Der hypothetische Verstoß des Fia-Brauchs gegen die Repugnancy-Klausel wird überraschenderweise nicht mit der Ungleichbehandlung zwischen verheirateten und unverheirateten Töchtern und Söhnen oder der Differenzierung zwi-

---

<sup>597</sup> *Saakyi Mami v. Dede Paulina and Another* [2005-2006] SCGLR 1116 (1122). Das Gericht stellte ausdrücklich fest, dass der Fia-Brauch verletzend im Sinne von 39 Abs. 2 der Verfassung und daher verändert oder abgeschafft werden müsse. Allerdings versteht der Supreme Court nur Präsident und Parlament, nicht aber die Rechtsprechung von dieser Norm adressiert.

schen legitimen und illegitimen Kindern begründet. Beides sind verhältnismäßig klare Fälle von Diskriminierung, die durch die Verfassung verboten wird. Stattdessen argumentiert das Gericht, dass diese Erbregelung einen Anreiz für Frauen darstelle, bereits vor der Hochzeit Kinder zu bekommen. Ein solcher Anreiz führe zu unmoralischem Verhalten und sei daher nicht hinnehmbar. Trotz dieser Feststellung führt der Supreme Court aus, dass es nicht Sache staatlicher Gerichte sei, Gewohnheitsrecht für anwendbar oder nichtig zu erklären. In einem Interview wies eines der an diesem Urteil beteiligten Mitglieder des Supreme Court darauf hin, dass auch ganz pragmatische Gründe für einen solchen Umgang mit Konfliktfällen sprechen:

»You make the pronouncement about something you know you cannot enforce. So if you want me to say that it is illegal. I can't say that. I wouldn't say that because I would make myself ridiculous. I can pronounce that it is illegal, it is unconstitutional, but I wouldn't go to say of the issue we abolish it, the power doesn't lie with me. [...] You don't make an order you know you cannot enforce. That is my point.«<sup>598</sup>

In den ersten Jahrzehnten nach Erlangen der Unabhängigkeit wurde die fortgesetzte Verwendung der Repugnancy-Klausel dagegen nicht hinterfragt. Erst mit Ibrahim v. Amalibini aus dem Jahre 1978 liegt ein Schlüsseltext zur Anwendbarkeit der Repugnancy-Klausel vor.<sup>599</sup> Bei dem Verfahren handelt es sich um einen »big case«, der die Problematik des Konflikts zwischen Gewohnheits- und geschriebenem Recht ausdrücklich vor dem Hintergrund einer Vielzahl ähnlich gelagerter Fälle in den unteren Gerichtsinstanzen diskutiert. Sämtliche Beteiligten sind Frafra. Der Beklagte hatte die A, eine Nichte des Klägers, seiner Ansicht nach entsprechend dem Gewohnheitsrecht der Nankanse/Frafra geheiratet. Er behauptete, er habe dem Kläger Perlhühner, Kolanüsse und Tabak gegeben. Nach seinem Vortrag waren die erforderlichen Hochzeitsriten damit zwar nicht vollständig durchgeführt worden. Der Kläger habe ihm die A aber dennoch zur Frau gegeben. Die nicht näher benannten noch ausstehenden Riten sollten nachgeholt werden, sobald die ältere Schwester von A geheiratet habe. Der

<sup>598</sup> Interview, Richter, Supreme Court, Accra, 25.02.2008.

<sup>599</sup> Ibrahim v. Amalibini [1978] GLR 368 ff.

Kläger behauptete, die A sei schwanger geworden, während sie zur Schule ging. In dieser Zeit habe sie den Beklagten kennen gelernt und sei zu ihm gezogen. Der Beklagte habe ihm dann die Hühner gebracht und behauptet, er sei der Vater des Kindes. Der Kläger habe ihm geantwortet, dass er den Vater der A sprechen müsse, wenn er diese heiraten wolle. Auch nach der Geburt des Kindes wohnte die A beim Beklagten. Nach einem Streit zwischen dem Beklagten und dem Kläger, bat dieser seine Nichte, den Beklagten zu verlassen und mit dem Kind zu ihm zu ziehen, was diese auch tat. Der Beklagte klagte daraufhin vor dem District Court auf Rückkehr seiner Frau und Herausgabe des Kindes. Diese Klage hatte hinsichtlich des Sorgerechts über das Kind Erfolg und wurde im Übrigen abgewiesen. Hiergegen richtete sich das Rechtsmittel. Das Gericht lehnt die Herausgabe des Kindes an den Beklagten ab, da ein solcher Anspruch dem Gewohnheitsrecht der Nankanse fremd sei. Gleichzeitig kritisiert es aber auch die Repugnancy-Klausel als Relikt einer Zeit kolonialer Unterwerfung:

»Obviously our Republican legislature must have considered these colonial yardsticks as an affront to the integrity of our customary laws and not in keeping with the dignity of a modern sovereign state. As a result after 1 July 1960, the customary laws of the various tribal communities became part of the law of the country and the only test for their validity is whether they fulfil those conditions which under the general law of Ghana must be satisfied by all customary laws. They were no more subject to the imperial repugnancy provision of equity, natural justice and good conscience.«<sup>600</sup>

Das Gericht begründet seine Ablehnung der Repugnancy-Klausel nicht nur mit der mangelnden gesetzlichen Grundlage nach Erlangen der Unabhängigkeit, sondern auch damit, dass diese ein Beispiel für koloniale Unterdrückung sei. Zu einem Zeitpunkt, als Ghana schon mehr als zwei Jahrzehnte unabhängig ist, wird das erste Mal in dieser Deutlichkeit Kritik an den juristischen Herrschaftspraktiken des Kolonialismus geäußert und damit ein deutlicher Bruch mit der eigenen Tradition verlangt. Das Gericht beschreibt die Klausel als koloniales Re-

---

<sup>600</sup> Ibrahim v. Amalibini [1978] GLR 368 (397).



likt, das gleichermaßen die Integrität des Gewohnheitsrechts wie die Würde Ghanas als souveränen Staat beleidige. Das Gericht spricht auch die andauernde Anwendung der Repugnancy-Klausel in der ghanaischen Rechtsprechungspraxis an, wenn es wenige Seiten später fortführt:

»The trinity natural justice, equity and good conscience are the ghosts of the colonial era and no judge in modern Ghana can now minister to their pretensions, as arbiters of the contents of our customary laws. When they infiltrate into our law with imperialist airs and challenge the validity of our customary laws they must be exorcised for [...] the application of the customary law under rule 5 of section 49 of Act 372 is now mandatory!«<sup>601</sup>

Die Tatbestandsmerkmale der Repugnancy-Klausel sind als »Geister der Vergangenheit« noch in der Rechtsprechung präsent. Sie »infiltrieren« die ghanaische Rechtsprechung, weshalb es sich der entscheidende Richter zur Aufgabe macht, sie auszutreiben. Damit wird der Konflikt zwischen Gewohnheitsrecht und staatlichem Recht zum Austragungsort post-kolonialer Auseinandersetzungen innerhalb der Rechtsprechung. In dieser explizit anti-kolonialen Argumentation handelt es sich um eine Einzelentscheidung, auf die in der Folge gleichwohl immer wieder verwiesen wird. Die in der Folgezeit immer wieder geäußerte Ablehnung der Repugnancy-Klausel vermischt sich allerdings mit der weitergehenden Frage der Kompetenz der Gerichte, überhaupt die Vereinbarkeit gewohnheitsrechtlicher Regeln zu prüfen bzw. einzelne Regeln als unvereinbar zu erklären. Diese Frage, die etwa auch in der eingangs zitierten Entscheidung *Saakyi Mami v. Dede Paulina and Another* mit der Anwendbarkeit der Repugnancy-Klausel verbunden wird, ist bis heute in der Rechtsprechung umstritten.<sup>602</sup> Erstmals wurde sie einige Jahre nach *Ibrahim v. Amalibini* gestellt:

---

<sup>601</sup> *Ibrahim v. Amalibini* [1978] GLR 368 (399).

<sup>602</sup> Mensah-Bonsu spricht diesbezüglich von der Konkurrenz zwischen zwei »Schulen« innerhalb der Rechtsprechung, vgl. Mensah-Bonsu, 22 *University of Ghana Law Journal* (2002-2004), 1 (13 f.) mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung. Diese Kompetenz wurde in *Ibrahim v. Amalibini* allerdings überhaupt nicht in Zweifel gezogen.

»[A] custom which permits destruction of food-crops [...] may well be considered to be out of tune with modern thinking and indeed the economics of the times. It may even appear to be in conflict with the general common law of the land and contrary to public policy. But, the moral objective upon which the practice of the custom has rested in the times past, is perhaps somehow obscure, but it is not given to the court to conduct a research into the time-honoured practices in order to pass a judgment on its validity or otherwise.«<sup>603</sup>

Zugleich ist eine übergreifende Strategie in dieser Auseinandersetzung erkennbar: In fast allen Entscheidungen, die sich gegen eine Inhaltskontrolle durch die Gerichte aussprechen, ist es nicht streitentscheidend, ob die Repugnancy-Klausel noch angewendet werden kann bzw. welche Kompetenzen den Gerichten zukommen. Gegen die Kompetenz staatlicher Gerichte, den Inhalt von Gewohnheitsrecht zu kontrollieren, wird also in Form von obiter dicta argumentiert. Im Ergebnis kommt es nicht zu Widersprüchen zwischen staatlichem und Gewohnheitsrecht. Die Ausführungen können andere Gerichte zudem nicht binden, weshalb es nach wie vor keine einheitliche Entscheidungspraxis gibt.

### 3.4.4 Vereinheitlichung, Kontinuität und Kontroverse

Wird die staatliche Entscheidungspraxis aus einer Übersetzungsperspektive betrachtet, kann von einer Einheitlichkeit des »offiziellen Gewohnheitsrechts« keine Rede sein. Die untersuchten Entscheidungen zeigen, dass Stellung, Bedeutung und Verhältnis des Gewohnheitsrechts zum staatlichen Recht innerhalb der ghanaischen Justiz kontrovers diskutiert werden. Die staatlichen Gerichte Ghanas tendieren – zumindest in den höheren Instanzen, deren Entscheidungen der Analyse zu Grunde lagen – dazu, die Deutungshoheit über Gewohnheitsrecht für sich in Anspruch zu nehmen. Es kann also von einer Aneignung von Gewohnheitsrecht durch die staatlichen Gerichte gesprochen werden. Diese Aneignung durch die staatlichen Gerichte verstärkt die andernorts beschriebene Entfernung des offiziellen Rechts

---

<sup>603</sup> Abayee v. Akatia and Another. [1982-83] GLR 1072 (1079).

der Gerichten von den gelebten Normen einzelner Gesellschaften.<sup>604</sup> Dies ist aber weniger Ausdruck der internen Verstetigungsregeln staatlichen Rechts als vielmehr das Ergebnis strategischer Entscheidungen der Richterinnen und Richtern.

Die Aneignung von Gewohnheitsrecht durch die staatlichen Gerichte äußert sich insbesondere darin, dass diese beim Feststellen regelmäßig selbst-referenziell vorgehen. Dies resultiert in einer gewissen Vereinheitlichung des offiziellen Gewohnheitsrechts. Dennoch bleiben die »Chiefs« die privilegierten Partner. Andere Stimmen werden im staatlichen Gerichtssystem kaum gehört. Verschriftlichtes Wissen über Gewohnheitsrecht – sei es in Form von wissenschaftlicher Literatur oder älterer Gerichtsentscheidungen – gibt es überwiegend für den südlichen Teil des Landes. Die – wie jede binäre Gegenüberstellung vereinfachende – Trennung des Landes in Norden und Süden spiegelt sich daher auch in der Rechtsprechung wider. Auch wenn die Gerichte nicht vereinheitlichen, sondern partikularistisch die Eigenheiten bestimmter lokaler Rechte berücksichtigen, wird diese Trennung deutlich. Gerade in diesen Entscheidungen wird nämlich die Widersprüchlichkeit des Gewohnheitsrechts, oft auch seine Rückständigkeit und damit in Fortsetzung kolonialer Praktiken seine Fremdheit betont.

Ein besonderer Aspekt des Aneignungsprozesses ist das Verstehen, für das der Vergleich zwischen verschiedenen Rechtsordnungen besonders wichtig ist. Auch hier ist die Rechtsprechung nicht einheitlich: Teilweise wird die Bedeutung einheimischer Werte und die Andersartigkeit von Gewohnheitsrecht betont. Diese kulturalistische Argumentation lehnt westliche Werte als etwas dem afrikanischen Kosmos Fremdes ab. Teilweise werden aber auch – insbesondere aufgrund funktionalistischer Argumentationen – Parallelen zwischen Gewohnheitsrechten und modernem Recht betont. Die Qualität modernen Rechts wird hier nicht in Frage gestellt, aber gewohnheitsrechtliche Normen als äquivalente Lösungen gleichgestellt. Der Rechtsvergleich dient damit in beiden Fällen zur Abgrenzung von kolonialen Beschreibung von Gewohnheitsrecht als primitives Recht. Ganz ähnlich wirkt die Betonung der Vernünftigkeit gewohnheitsrechtlicher Normen. Die-

---

<sup>604</sup> Dazu 2.3.5.2.

se Argumentation dient oft dazu, Gewohnheitsrecht konfliktvermeidend zu konstruieren. Stößt diese Konfliktvermeidung an ihre Grenzen rückt die Frage des Umgangs mit Normkonflikten in den Vordergrund. Diese ist in der Rechtsprechung überlagert vom (post-) kolonialen Erbe – den »Geistern der Vergangenheit«. Die Entscheidungspraxis der Gerichte enthält Elemente einer kritischen Auseinandersetzung, aber auch Kontinuität mit der kolonialen Rechtsprechung. Dies zeigt sich am deutlichsten in der Auseinandersetzung um die Anwendbarkeit der Repugnancy-Klausel. Trotz zunehmender Ablehnung hat sich diese Formel hartnäckig gehalten, obwohl sie mit dem Erlangen der Unabhängigkeit aus dem Vokabular der gesetzlichen Bestimmungen gestrichen wurde.

### 3.5 Rechtsprechung als Aneignung

Die Aneignung von Gewohnheitsrecht durch die ghanaischen Gerichte bestätigt die verbreitete These, dass ungeschriebenes Recht durch staatliche Gerichte verfestigt wird. Im Vordergrund der Analyse stand hier allerdings nicht die Frage, ob das durch die ghanaischen Gerichte angewendete Gewohnheitsrecht »authentisch« ist. Vielmehr wurde der Blick darauf gelenkt, wer das Wissen über Gewohnheitsrecht verwaltet und wie dieses Wissen entsteht. Dies sind Aspekte der staatlichen Rechtsprechung, die in dichotomischen Gegenüberstellungen von verfälschten und authentischen Versionen leicht vernachlässigt werden. Die Untersuchung legt nahe, dass die mit der »Verstaatlichung« einhergehende Erstarrung flexibler Normen weniger als zwangsläufiges Ergebnis der staatlichem Recht innewohnenden Verstetigungslogik, sondern eher als Resultat bestimmter Entscheidungen zu verstehen ist. Obwohl Ghana seit über 50 Jahren unabhängig ist, spielt die Auseinandersetzung mit dem kolonialen Umgang mit Gewohnheitsrecht in der Rechtsprechung immer noch eine große Rolle. Über die Veränderung des Blickwinkels auf bestimmte Phänomene, ist durch den Begriff der »Übersetzung« auch eine weitere Theoretisierung rechtspluralistischer Phänomene möglich. Dies soll im folgenden Kapitel verdeutlicht werden, indem Anknüpfungsmöglichkeiten an die »Translation Studies« aufgezeigt und damit weitere Forschungsperspektiven eröffnet werden.

## 4 Translationsforschung und die Diffusion von Recht

»Translation, of course, is a primary method of imposing meaning while concealing the power relations that lie behind the production of that meaning.«<sup>605</sup>

Im vorherigen Kapitel diente die Übersetzungsperspektive dazu, den offiziellen ghanaischen Rechtspluralismus – insbesondere die staatliche Gewohnheitsrechtsprechung als wichtigen Bestandteil dieses Rechtspluralismus – zu analysieren. Über die metaphorisch-explorative Verwendung hinaus kann der Übersetzungsbegriff auch zur weiteren Theoretisierung von Rechtspluralismus dienen. Dies wird deutlich, wenn die Ergebnisse der Rechtsprechungsanalyse in Bezug zu jüngeren theoretischen Ansätzen zum »Übersetzen« gesetzt.

Auf den ersten Blick scheint es widersprüchlich zu sein, mit einem Begriff wie »Übersetzen«, der eine binäre Gegenüberstellung von Original und Übersetzung suggeriert, eben eine solche Opposition (»offizielles versus lebendes Gewohnheitsrecht«) überwinden zu wollen. Übersetzen wird leicht auf – zwar mitunter anspruchsvolle, aber grundsätzlich mögliche – Transkodierung zwischen unterschiedlichen Sprachen reduziert. Jüngere Ansätze in der Translationsforschung brechen jedoch mit dieser hergebrachten Gegenüberstellung eines Originals mit einer (optimalen) Übersetzung. Die Translation Studies<sup>606</sup> haben sich in den letzten drei Jahrzehnten zu einer »Interdisziplin« des Übersetzens entwickelt, die über ein rein linguistisches Verständnis von Übersetzungen im engeren Sinne – Übersetzungen von schriftlichen Texten – hinausgeht (dazu 4.1). Es gibt verschiedene Möglichkeiten, Konzepte aus der Translationsforschung auf die Analyse der Gewohnheitsrechtsprechung anzuwenden. Besonders eignen

---

<sup>605</sup> Bassnett, *The Translation Turn in Cultural Studies*, in: Bassnett/Lefevere, *Constructing Cultures*, 1998, S. 136.

<sup>606</sup> Der Begriff wurde von Holmes, *Translated!*, 1988, S. 67 ff. eingeführt. Es gibt verschiedene Bezeichnungen für die wissenschaftliche Diskussion des Übersetzens. Translation Studies dient als Oberbegriff für sämtliche Ansätze, die sich mit Übersetzen und Dolmetschen befassen. Im Folgenden wird diese englische Bezeichnung oder synonym der Begriff Translationsforschung benutzt.

sich hierfür Ansätze, die Übersetzen als soziales Handeln begreifen und untersuchen, ohne präskriptive Äquivalenzvorstellungen in den Vordergrund der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zu stellen (dazu 4.2). Auch andere Prozesse normativer Diffusion können als rechtspluralistische Phänomene begriffen werden. Ein solches Verständnis bereichert die Auseinandersetzung mit solchen Prozessen, indem die Wechselseitigkeit von Diffusion hervorgehoben und die Beschränkung auf Normen staatlichen Ursprungs aufgehoben wird. Der in dieser Arbeit vorgestellte translatorische Zugang kann dazu beitragen, die Komplexität dieser Prozesse besser abzubilden (dazu 4.3).

## 4.1 Entwicklungslinien in der Übersetzungsforschung

Bei den Translation Studies handelt es sich um eine verhältnismäßig junge wissenschaftliche Forschungsrichtung. Während es seit jeher Abhandlungen darüber gibt, wie zwischen verschiedenen Sprachen zu übersetzen ist, etablierte sich eine eigenständige wissenschaftliche Disziplin erst nach Ende des Zweiten Weltkriegs. In den Translation Studies haben sich seither weit verzweigte, teilweise sehr unterschiedliche Ansätze entwickelt.<sup>607</sup> Außerhalb der anwendungsorientierten Ausbildung wird Übersetzen heute vielfach als soziale Praktik begriffen, die über Fragen der Äquivalenz von Übersetzungsprodukten hinaus kritisch zu analysieren ist. Diese Entwicklung soll im Folgenden nachvollzogen werden, um mit der Skopostheorie, der Rekonstruktion von Übersetzungsnormen und der Kritik an hegemonialen Übersetzungsstrategien drei theoretische Zugänge zu identifizieren, die sich aufgrund ihrer Abkehr von präskriptiven Äquivalenzmaßstäben besonders dafür eignen, auf die Rechtsprechungsanalyse angewendet zu werden.

### 4.1.1 Etablierung als Disziplin

Übersetzen im engeren Sinne ist die Übertragung eines schriftlichen Ausgangstextes in einen schriftlichen Zieltext.<sup>608</sup> In der Translationsforschung können verschiedene Ansätze grob danach unterschieden werden, ob sie zur Entwicklung einer allgemeinen Theorie beitragen, vorhandene Übersetzungen analysieren oder praktische Handlungs-

---

<sup>607</sup> Zur Entwicklung etwa Gentzler, *Contemporary Translation Theories*, 2001, Pym, *Exploring Translation Theories*, 2010, mit weiterführenden Hinweisen. Eine deutschsprachige Übersicht gibt Prunč, *Entwicklungslinien der Translationswissenschaft*, 2012.

<sup>608</sup> Die mündliche Übersetzung – das Dolmetschen – wird oft als Unterfall unter den Oberbegriff der Übersetzung mit einbezogen. Die Translationsforschung beschäftigt sich überwiegend mit schriftlichen Texten, obwohl es weitaus mehr Sprachen ohne Schriftkultur gibt und die alltägliche Bedeutung des Dolmetschens auch in Schriftsprachen nicht zu unterschätzen ist. Dies und weitere thematischen Beschränkungen der »Interpretation Studies« kritisiert etwa Cronin, *The Empire Talks Back*, in: Tymczko/Gentzler (Hrsg.), *Translation and Power*, 2002, S. 45 ff.



anweisungen zum Übersetzen geben wollen.<sup>609</sup> Vor allem der letzte Aspekt stand in den 1950er und 1960er Jahren im Vordergrund, als erstmals eine systematische wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Übersetzen stattfand.<sup>610</sup> Translationsforschung wurde also als explizit anwendungsorientierte Wissenschaft definiert, deren Ziel es war, Vorgaben für die Produktion möglichst guter Übersetzungen zu entwickeln. Dementsprechend prägten Äquivalenzvorstellungen als präskriptive Beschreibung des Verhältnisses zwischen Original und Übersetzung die wissenschaftliche Debatte. Die Differenz zwischen Ausgangs- und Zieltext wurde unter Hinweis auf die Verschiedenartigkeit der jeweiligen Sprachen beschrieben. Übersetzen wurde damit also als bloße linguistische Transkodierung verstanden. Die weitgehende Beschränkung auf linguistische Aspekte des Übersetzens bedeutet zwar nicht, dass die Herausforderungen interkultureller Kommunikation unberücksichtigt blieben. So wurde etwa schon früh das Spannungsverhältnis zwischen Originaltreue und Verständlichkeit in der Zielkultur problematisiert.<sup>611</sup> Es überwog jedoch ein Verständnis, welches das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Kulturen letztlich nur in Hinsicht auf die erforderlichen Sprachkenntnisse problematisierte.

#### 4.1.2 Skopos und Übersetzungsnormen

Die hiermit einhergehenden Beschränkungen kritisierend rückte seit den 70er Jahren eine Gruppe verschiedener Ansätze die Analyse von Übersetzungsprozessen und damit das Handeln der Übersetzenden in den Vordergrund. Diesen Ansätzen ist gemein, dass sie sich in ihren Analysen stärker auf den Zieltext bzw. den Zielkontext konzentrieren. Damit verliert das Original als Vergleichsmaßstab seinen Stellenwert. Diese Umorientierung ging einher mit der Erkenntnis, dass Übersetzen mehr als eine rein sprachliche Transkodierung ist, da es zwangsläufig zu einer Veränderung des Textes in der Zielkultur kommen

---

<sup>609</sup> Grundlegend: Holmes, *Translated!*, 1988, S. 67 ff.

<sup>610</sup> Nachweise etwa bei Saldanha, *Linguistic Approaches*, in: Baker/Saldanha (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Translation Studies*, 2009, S. 148 ff.

<sup>611</sup> Vgl. etwa Nida, *Toward a Science of Translation*, 1964.

muss. Dies bedeutet jedoch nicht, dass unwichtig ist, was als Vorlage angesehen wird. Unter dieser Prämisse verliert aber die Frage, ob eine vorhandene Übersetzung einem Original »entspricht«, erheblich an Bedeutung. Stattdessen rücken andere Fragen in den Vordergrund: Warum gilt eine Übersetzung als gut? Wie verändern sich Übersetzungspraktiken im Laufe der Zeit? Was sind die Gründe für solche Veränderungen? Es werden also diejenigen Faktoren gesucht, die Übersetzungsprozesse beeinflussen und prägen.

Unter dem Schlagwort »Funktionalismus« werden verschiedene Ansätze zusammengefasst, die hervorheben, dass Übersetzen eine intentionale und zweckgerichtete Tätigkeit ist, die interkulturelle Kommunikation ermöglicht.<sup>612</sup> Besonders deutlich wird diese Zweckgebundenheit von Übersetzungsprozessen im Rahmen der vor allem im deutschsprachigen Raum einflussreichen Skopostheorie formuliert.<sup>613</sup> Der Übersetzungszweck gibt danach als dominantes Charakteristikum einer Übersetzung die Wahl konkreter Strategien vor und bestimmt sowohl den Übersetzungsprozess wie auch dessen Ergebnis.<sup>614</sup> So soll beispielsweise die Frage, ob sich eine Übersetzung überwiegend am Ausgangs- oder am Zielprodukt zu orientieren hat, vom jeweiligen Zweck der Übersetzung abhängen. Von primärer Bedeutung für die Bestimmung der Funktion einer Übersetzung ist die Empfängerperspektive. Die Funktion einer Übersetzung kann also durchaus von derjenigen des Ausgangstextes abweichen.<sup>615</sup> Die Skopostheorie will als allgemeine Theorie der Übersetzung zwar auch deskriptiv-erklärend wirken. Ihr Schwerpunkt liegt aber darauf, Aussagen darüber zu treffen, wie eine möglichst optimale – im Sinne von zweckmäßige – Übersetzung erreicht werden kann.<sup>616</sup> Durch die Betonung des

---

<sup>612</sup> Vgl. Schäffner, *Functionalist Approaches*, in: Baker/Saldanha (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Translation Studies*, 2009, S. 115 ff.

<sup>613</sup> Grundlegend: Reiss/Vermeer, *Grundlegung einer allgemeinen Translationstheorie*, 1991. »Skopos« ist ein griechisches Wort für Zweck, vgl. Nord, *Translating as a Purposeful Activity*, 1997, S. 27.

<sup>614</sup> Reiss/Vermeer, *Grundlegung einer allgemeinen Translationstheorie*, 1991, S. 29 f., S. 95 f.

<sup>615</sup> Prunč geht soweit zu behaupten, dass eine solche Identität der Funktionen bei komplexeren Texten die Ausnahme darstelle, vgl. Prunč, *Entwicklungslinien der Translationswissenschaft*, 2012, S. 155 f.

<sup>616</sup> Chesterman, *Skopos theory*, in: Kallmeyer (Hrsg.), *Perspektiven auf Kommunikation*, 2010, S. 214 f.

Zwecks wird die Dichotomie von originalgetreuer versus freier Übersetzung aufgebrochen. Nicht die Äquivalenz, sondern der Übersetzungszweck liefert den Maßstab für die Bewertung einer Übersetzung. Daneben hebt die Skopostheorie den Einfluss und die Bedeutung der übersetzenden Person hervor. Zwar ist diese oft an einen Übersetzungsauftrag gebunden, aus dem sich auch der Übersetzungszweck ergibt. Die Entscheidung über die Art und Weise der Umsetzung verbleibt aber letztlich bei der Übersetzerin bzw. dem Übersetzer.<sup>617</sup>

Einen anderen Weg beschritten diejenigen Ansätze in der Translationsforschung, die unter der Bezeichnung »Descriptive Translation Studies« (DTS) zusammengefasst werden. Diese konzentrieren sich ebenfalls auf Zieltext und -kultur, verzichten jedoch gänzlich auf präskriptive Aussagen.<sup>618</sup> In Abgrenzung zu funktionalistischen Ansätzen wird zudem betont, dass Übersetzungsprozesse neben ihrer Zweckgebundenheit auch von anderen Faktoren beeinflusst werden. In diesem Sinne können die Descriptive Translation Studies als Schritt zur Entwicklung einer »Soziologie des Übersetzens« verstanden werden.<sup>619</sup> Entgegen ihrer Bezeichnung gehen die Descriptive Translation Studies aber über eine reine Beschreibung hinaus: Zum maßgeblichen Ziel entsprechender Untersuchungen wurde die Rekonstruktion sogenannter Übersetzungsnormen erklärt.<sup>620</sup> Hierbei handelt es sich um Normen, die Übersetzungsprozessen – nicht zwangsläufig explizit – zu Grunde liegen, diese bestimmen und sich in Regelmäßigkeiten widerspiegeln. Auch wenn sie den Übersetzungsprozess maßgeblich beeinflussen, ist ein Abweichen von diesen Normen jederzeit möglich; es ist also nicht von einer absoluten Determiniertheit des Übersetzungsprozesses auszugehen. Eine Übersetzungsnorm kann beispielsweise in dem Ziel der Originaltreue der Übersetzung gesehen werden, die in einem deskriptiven Ansatz aber nicht mehr Kriterium zur Bewertung einer Übersetzung, sondern Gegenstand der Untersuchung ist. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass Übersetzungsnormen eine doppelte Wir-

---

<sup>617</sup> Reiss/Vermeer, *Grundlegung einer allgemeinen Translationstheorie*, 1991, S. 87.

<sup>618</sup> Zur Etablierung dieser Forschungsrichtung: Prunč, *Entwicklungslinien der Translationswissenschaft*, 2012, S. 229 ff.

<sup>619</sup> Wolf, *Introduction*, in: Wolf/Fukari (Hrsg.), *Constructing a Sociology of Translation*, 2007, S. 1 ff.

<sup>620</sup> Toury, *Descriptive Translation Studies and Beyond*, 2012, S. 61 ff.

kung entfalten, indem sie einerseits Übersetzungsprozesse direkt leiten, andererseits Bewertungsmaßstäbe für die Qualität einer Übersetzung bereithalten und so auch indirekten Einfluss ausüben. Gleichzeitig wird in den Descriptive Translation Studies betont, dass es sich bei den Übersetzungsnormen nicht um universale und starre Regeln handelt.<sup>621</sup> Vielmehr sind die Übersetzungsnormen sowohl zeitlich spezifisch als auch vom jeweiligen sozio-kulturellen Kontext abhängig.<sup>622</sup> Die Rekonstruktion von Übersetzungsnormen hat zwar nur einen eingeschränkten Erklärungswert.<sup>623</sup> Indem sie aber verdeutlicht, dass dominante Übersetzungspraktiken kontingent sind, legt sie den Grundstein dafür, Übersetzungsprozesse als Vorgänge zu begreifen, die von Machtbeziehungen geprägt sind.

#### 4.1.3 »Cultural Turn« und Machtkritik

Unter dem Einfluss poststrukturalistischer Ansätze innerhalb der Translation Studies kam es zu Beginn der 90er Jahre zu einer weiteren Neuausrichtung in der Translationsforschung, die auch als »cultural turn« bezeichnet wurde.<sup>624</sup> Dabei stand zunächst die kulturelle Kontextualisierung von Übersetzungen im Vordergrund. Übersetzen wurde nicht als rein linguistische Tätigkeit, sondern allgemeiner als sozia-

---

<sup>621</sup> Kritisch zu Tourys Versuch, über solche Normen hinaus auch universale Gesetzmäßigkeiten zu postulieren: Gentzler, *Contemporary Translation Theories*, 2001, S. 140 ff.

<sup>622</sup> Toury, *Descriptive Translation Studies and Beyond*, 2012, S. 86 f.

<sup>623</sup> So wurde etwa kritisiert, dass aus der Rekonstruktion von Normen noch nicht folge, wie diese entstehen und wie sie sich gegebenenfalls verändern, etwa Pym, *Okay, so how are translation norms negotiated?*, in: Schäffer (Hrsg.), *Translations and Norms*, 1999, S. 110 f.

<sup>624</sup> Prunč, *Entwicklungslinien der Translationswissenschaft*, 2012, S. 285 ff. Es handelte sich hierbei um einen wechselseitigen Prozess. So wurde der Begriff Übersetzung in anderen Disziplinen in einem weiteren Sinne verwendet, der sich nicht mehr ausschließlich auf die sprachliche Veränderung von Texten, sondern allgemein den Austausch zwischen verschiedenen Kulturen bezieht, vgl. Bassnett, *The Translation Turn in Cultural Studies*, in: Bassnett/Lefevere (Hrsg.), *Constructing Cultures*, 1998, S. 123 ff., die einen entsprechenden »translation turn« innerhalb der Cultural Studies ausmacht. Diesbezüglich zurückhaltender ist etwa Bachmann-Medick, *2 Translation Studies* (2009), 2 (3 f.), die darauf hinweist, dass diese Erweiterung zumeist nur vom metaphorischen Gehalt des Übersetzungsbegriffs getragen wird.

le Praxis des Transfers verstanden, die in komplexen Beziehungsgeflechten erfolgt. Diese Einsicht teilten bereits funktionalistische und deskriptive Ansätze. Insbesondere dekonstruierende Ansätze waren in ihrer Abkehr von Äquivalenzvorstellungen aber deutlich radikaler und verneinten bereits das Vorhandensein eines feststehenden Originals.<sup>625</sup> Entscheidungen darüber, wie zu übersetzen ist, können folglich auch nicht über die Beziehung zum Ausgangstext vorgegeben sein. Die Frage nach der Äquivalenz verliert so gänzlich ihren Sinn.<sup>626</sup> Stattdessen verbreitete sich die Ansicht, dass Übersetzen kein neutraler Prozess, sondern auch und gerade in Hinsicht auf die ihm zu Grunde liegenden Ideologien und Machtasymmetrien kritisch zu hinterfragen ist.<sup>627</sup> Insbesondere Aspekte der Repräsentation in postkolonialen Kontexten, aber auch der Einfluss der Geschlechterverhältnisse wurden problematisiert.<sup>628</sup> Die kurz zuvor angestoßene selbstkritische Reflexion innerhalb der Ethnologie<sup>629</sup> wurde hierbei aufgenommen und weitergeführt.

Besonders einflussreich war im Rahmen dieser Kritik die Gegenüberstellung von »domestizierenden« und »verfremdenden« Übersetzungsstrategien.<sup>630</sup> Insbesondere die kulturelle Hegemonie der englischen Sprache bzw. der englischsprachigen Buchmärkte in den USA und Großbritannien, und die damit einhergehende Praxis, fremde Texte in Übersetzungen weitgehend an diese anzugleichen, gibt Anlasse

---

<sup>625</sup> Vgl. Davies, *Deconstruction and Translation*, 2001.

<sup>626</sup> Schäffner geht so weit zu behaupten, dass sich der Begriff der Äquivalenz in Teilen der Translation Studies beinahe zu einem »dirty word« entwickelt habe, vgl. Schäffner, 3 *Journal of Language and Politics* (2004), 117 (136). Im Bereich der anwendungsorientierten Translationsforschung spielt der Begriff allerdings nach wie vor eine große Rolle. Vgl. zu verschiedenen Konzepten, die das Verhältnis zwischen »Original« und »Übersetzung« präskriptiv bestimmen wollen: Stolze, *Übersetzungstheorien*, 2008, S.87 ff.

<sup>627</sup> Vgl. beispielsweise die Beiträge bei Gentzler/Tymoczko (Hrsg.), *Translation and Power*, 2002.

<sup>628</sup> Vgl. Niranjana, *Siting Translation*, 1992, S. 47 ff. und die Beiträge in: Bassnett/Tri-vedi (Hrsg.), *Post-colonial translation*, 1999 sowie Simon, *Gender in Translation*, 1996.

<sup>629</sup> Vgl. hierzu etwa die Beiträge in Clifford/Marcus (Hrsg.), *Writing Culture*, 1986.

<sup>630</sup> Die jüngere Diskussion dieses Begriffspaars geht auf Venuti zurück, der domestizierendes Übersetzen als ethnozentrische Gewalt kritisiert, vgl. Venuti, *The Translator's Invisibility*, 2008, S. 16 ff. Venuti verbindet seine Kritik an übermächtigen Sprachen mit der in der Translationsforschung verbreiteten Beschwerde über den marginalisierten Status von Übersetzerinnen und Übersetzern.

für eine solche Kritik. Diese Herangehensweise resultiert in einem »flüssigem« Text, der den sprachlichen Gepflogenheiten des Zielkontextes nicht selten so sehr entspricht, dass er überhaupt nicht mehr als Übersetzung wahrgenommen wird.<sup>631</sup> Demgegenüber ist eine verfremdende Übersetzung »sperrig« und macht so darauf aufmerksam, dass es sich um eine Übersetzung handelt. Auch eine verfremdende Übersetzung ist jedoch Bestandteil der Zielkultur. Die Unterscheidung ist also nicht mit Fragen der Äquivalenz und Originaltreue zu verwechseln: Verfremdendes Übersetzen ist nicht zwangsläufig näher am Original, keine »bessere« Repräsentation im Sinne von Authentizität. Trotzdem soll Verfremdung als Übersetzungsstrategie der Domestizierung vorzuziehen sein, da nur so der Herrschaftsdiskurs aufgebrochen werden könne.<sup>632</sup> Das Begriffspaar soll gleichermaßen als analytisches Werkzeug und als normativer Maßstab dienen. Die Kritik an dominanten Übersetzungspraktiken wird verbunden mit konkreten Forderungen nach Veränderung – als gut wird eine »widerständige« Übersetzung angesehen.<sup>633</sup> Der Maßstab für die Bewertung einer Übersetzung ist hier also nicht mehr (rein) sprachlich, sondern explizit politisch.

---

<sup>631</sup> Dies meint Venuti, wenn er von der »Unsichtbarkeit« der Übersetzenden spricht, vgl. Venuti, *The Translator's Invisibility*, 2008, S. 1, 5.

<sup>632</sup> Venuti, *The Translator's Invisibility*, 2008, S. 15 f.

<sup>633</sup> Venuti, *The Translator's Invisibility*, 2008, S. 19, 267 ff.

## 4.2 Anknüpfungsmöglichkeiten

Die im vorherigen Abschnitt vorgestellten Ansätze und Konzepte der Translationsforschung wurden für die Übersetzung schriftlicher Texte entwickelt. Wie weit können diese Annahmen und Konzepte auf die Rechtsprechung von Gewohnheitsrecht in staatlichen Gerichten übertragen werden? Dass für normative Praktiken des Alltags zunächst kein schriftlicher Text als »Original« vorliegt, ist kein zwingender Einwand gegen eine solche Übertragung. Entscheidend ist vielmehr die Frage, wie weit diese Ansätze die Analyse von Gewohnheitsrechtsprechung – als Übersetzung von Recht im weiteren Sinne – informieren können.

Die Rechtsprechung staatlicher Gerichte kann zunächst unter Rückgriff auf die funktionalistische Skopostheorie theoretisch gerahmt werden (dazu 4.2.1). Eine weitergehende Theoretisierung der in der Rechtsprechungsanalyse erzielten Befunde ist durch eine Anbindung an die Descriptive Translation Studies möglich; insbesondere das Konzept der Übersetzungsnormen ist hierbei geeignet, das Verhalten staatlicher Gerichte zu beschreiben (dazu 4.2.2). Schließlich kann der Aneignungsprozess durch die staatliche Rechtsprechung kritisch als »domestizierende« Übersetzungsstrategie verstanden werden (dazu 4.2.3). Alle drei Konzepte können einen Beitrag zur Theoretisierung rechtspluralistischer Phänomene leisten. Die Übertragbarkeit hat allerdings ihre Grenzen.

### 4.2.1 Übersetzungszwecke

Die Bedeutung der Funktion für das Übersetzen von Texten wurde insbesondere in der deutschsprachigen Translationsforschung hervorgehoben. Danach ist der Zweck einer Übersetzung für ihre konkrete Gestaltung ausschlaggebend. Die Funktion des Zieltextes, also des Übersetzungsproduktes, beeinflusst den Zweck der Übersetzung maßgeblich.<sup>634</sup> Dies ist im Falle der Gewohnheitsrechtsprechung die Entscheidung des staatlichen Gerichts. Eine Übertragung eines zweckorientier-

---

<sup>634</sup> Vgl. Schäffner, *Functionalist Approaches*, in: Baker/Saldanha (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Translation Studies*, 2009, S. 116.

ten Übersetzungsansatzes würde also von der Funktion der Gerichtsentscheidung als dominantem Kriterium für die Konstruktion von Gewohnheitsrecht ausgehen.

Offensichtliche Funktion einer Gerichtsentscheidung ist zunächst, einen konkreten Konflikt zu beenden. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um ein staatliches oder nicht-staatliches Gericht handelt. Insofern haben Gerichtsentscheidungen also einen performativen Charakter.<sup>635</sup> Über die bloße Rechtsanwendung im Einzelfall kann eine Entscheidung auch die allgemeingültige Festlegung der Auslegung einer Norm bezwecken. In diesem Fall tritt die Etablierung eines widerspruchsfreien staatlichen Systems gewohnheitsrechtlicher Normen als weiteres Ziel der Übersetzung hinzu. Daneben kommen weitere Funktionen staatlicher Gerichtsentscheidungen in Betracht.<sup>636</sup> Staatliche Rechtsprechung kann aus einer rechtspluralistischen Perspektive auch als kommunikativer Akt verstanden werden.<sup>637</sup> Danach ist eine Entscheidung gleichzeitig als Informationsangebot über die Interpretation konkreter Normen an andere Akteure anzusehen. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es sich um eine neue Interpretation handelt. Auf diese Weise ließe sich die Obiter-Rechtsprechung der ghanaischen Gerichte erklären. Dies zeigt sich etwa bei der Auseinandersetzung mit der Repugnancy-Klausel in der Entscheidung Ibrahim v. Amalibini.<sup>638</sup> Es geht in der Argumentation des Gerichts bezüglich der kolonialen Wurzeln und mangelnden gesetzlichen Verankerung der Repugnancy-Klausel nicht um die Lösung des konkreten Falles. Auch eine formelle Einordnung in das bestehende System von Präzedenzen scheidet mangels rechtlicher Bindungswirkung aus. Selbst wenn die Ausführungen entscheidungsrelevant wären, würden sie nur eingeschränkt zu einer rechtlichen Bindung führen, da es sich nur um die Entscheidung eines High Courts handelt. Im Vordergrund steht vielmehr die Äußerung eines Arguments über den richtigen Umgang

---

<sup>635</sup> Pirker, 3 trans-kom (2010), 26 (38 f.).

<sup>636</sup> Jüngere funktionalistische Ansätze in der Translationsforschung bieten komplexe Modelle mit einer Vielzahl von Funktionen an, vgl. z.B. Martín de León, 20 Target (2008), 1 (17 ff.).

<sup>637</sup> Dazu 2.2.3

<sup>638</sup> Ibrahim v. Amalibini [1978] GLR 368 ff. Siehe hierzu S. 223 f.



mit Gewohnheitsrecht, nämlich die Ablehnung der andauernden Anwendung der Repugnancy-Klausel.

Die Suche nach Übersetzungsfunktionen im Bereich der Gewohnheitsrechtsprechung hat also ein beachtenswertes exploratives Potenzial. Insbesondere kann diese Perspektive mit einem erweiterten Verständnis von Bedeutung und Funktion von Gerichtsentscheidungen verbunden werden. Die Übertragung dieses übersetzungstheoretischen Ansatzes auf die Rechtsforschung stößt allerdings an ihre Grenzen. Ein wichtiger Unterschied zu Übersetzungen im engeren Sinne liegt darin, dass funktionalistische Ansätze in der Translationsforschung von einem klaren Zweck der jeweiligen Übersetzung ausgehen, der beispielsweise in der Beauftragung zum Ausdruck kommt. Die Funktion ist in diesen Fällen also vorgegeben und liefert die Anleitung für die Durchführung sowie das Kriterium für die Bewertung einer Übersetzung. Demgegenüber kommen bei der Rechtsprechung der Gerichte mehrere verschiedene, sich teilweise widersprechende Funktionen – etwa Verstetigung versus Innovation – in Betracht.

## 4.2.2 Übersetzungsnormen

Vielversprechend ist auch die Übertragung einer Rekonstruktion von übersetzungsleitenden Normen auf die Rechtsprechungspraxis.<sup>639</sup> Dabei gilt es, Übersetzungsnormen nicht als formalistisches Korsett zu verstehen, sondern als analytische Kategorie, die es ermöglicht, Übersetzungen als sozio-kulturelle Prozesse in Machtbeziehungen zu beschreiben.<sup>640</sup>

---

<sup>639</sup> Grundlegend: Toury, *Descriptive Translation Studies and Beyond*, 2012, S. 61 ff., 79 ff. Toury arbeitet mit einem sehr weiten Normbegriff und grenzt diese lediglich gegen bloße Konventionen – die für ihn im Unterschied zu Normen vage und sanktionslos sind – ab. Von besonderer Bedeutung ist für diesen Zugang die Orientierung auf die Zielkultur. Gerade diese Fokussierung wurde auch kritisiert, da Ausgangstext und -kultur, die unter Umständen einen erheblichen Einfluss auf die Art und Weise der Übersetzung haben können, weitgehend unberücksichtigt bleiben. Mit jüngeren Ansätzen ist zudem davon auszugehen, dass gerade keine scharfe Trennung zwischen Ausgangs- und Zielkultur möglich ist, vgl. Pym, *Exploring Translation Theories*, 2010, S. 78, 84 mwN.

<sup>640</sup> Die hier skizzierten Übersetzungsnormen ähneln den »empirical conflict rules«, die Hoekema für die niederländische Rechtsprechung beschreibt, vgl. Hoekema, *Does the Dutch Judiciary Pluralize Domestic Law?*, in: Grillo/u.a. (Hrsg.), *Legal*

Übersetzungsleitende Normen können explizit formuliert sein. Hierunter fallen etwa die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung von Gewohnheitsrecht.<sup>641</sup> Denn dieser legislative Rahmen bestimmt zunächst, wann Gewohnheitsrecht die Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung ist, wann es also überhaupt zu einer Übersetzung kommen kann. Gesetze können außerdem vorgeben, wie eine Übersetzung durchgeführt werden soll. In Ghana ist dies insbesondere Sec. 54 des Courts Act, der zwar einen weiten, aber nicht grenzenlosen Entscheidungsspielraum darüber einräumt, wie ein Gericht den Inhalt gewohnheitsrechtlicher Normen festzustellen hat. Dieses Beispiel verdeutlicht, dass explizite Normen Freiräume lassen können. Neben diesen expliziten oder offiziellen Normen gibt es auch inoffizielle Normen, die die Übersetzungstätigkeit der Gerichte beeinflussen. Eine implizite übersetzungsleitende Norm kann beispielsweise im Heranziehen früherer Entscheidungen – der Selbstreferenz staatlicher Gerichte – gesehen werden. Dies bedeutet aus translatorischer Perspektive, dass auf eine vorherige Übersetzung zurückgegriffen und auf eine aktualisierende, eigenständige Übersetzung verzichtet wird.<sup>642</sup> Werden die Gerichte dagegen selbst Übersetzerisch tätig, stellt sich die Frage, auf welche Quellen bzw. wessen Wissen sie hierbei zurückgreifen. Sec. 54 des Courts Acts gibt hier keine Hierarchie zwischen verschiedenen Quellen vor. Gleichzeitig überwiegt die Praxis, auf andere schriftliche Versionen von Gewohnheitsrecht (insbesondere die Werke Sarbahs und Danquahs) zurückzugreifen. Erst danach sind die »Chiefs« als privilegierte »lebende« Informationsquelle anerkannt. Diese Reihenfolge – und damit zugleich der weitgehende Ausschluss anderer Informationsquellen – hat sich als inoffizielle Übersetzungsnorm hinsichtlich des Feststellens von Gewohnheitsrecht etabliert.

---

Practice and Cultural Diversity, 2009, insb. S. 182 f. Sie gehen allerdings über diese hinaus, da sie nicht allein Regelmäßigkeiten hinsichtlich der Lösung von Konflikten einbeziehen.

<sup>641</sup> Dazu 3.3.1.

<sup>642</sup> Toury bezeichnet solch vorgelagerte Normen als »preliminary norms«, die er den »operational norms« gegenüberstellt, vgl. Toury, *Descriptive Translation Studies and Beyond*, 2012, S. 82 f. Als dritte Kategorie für Übersetzungsnormen nennt er die »initial norms«, welche als »Meta-Normen« vorschreiben, ob Normen aus der Quell- oder solchen der Zielkultur zu berücksichtigen sind.

Wie die Analyse der Entscheidungen ergeben hat, sind solche Normen aber nicht starr, sondern unterliegen einem Wandel und sind nicht selten umkämpft. Dies lässt sich beispielsweise anhand des Re-verbalisierens als letztem Übersetzungsschritt hinsichtlich des Umgangs mit Konflikten zwischen staatlichem und Gewohnheitsrecht illustrieren. Lange Zeit wurde in der ghanaischen Rechtsprechung mit der Repugnancy-Klausel ein Instrument verwendet, das den Gerichten ausdrücklich die Kontrolle über Gewohnheitsrecht einräumte. Dies war zu Kolonialzeiten Resultat der gesetzlichen Regeln zum Umgang mit Gewohnheitsrecht, also offizieller Übersetzungsnormen. Nach Erlangen der Unabhängigkeit verschwand die Repugnancy-Klausel aus der Gesetzbüchern, lebte jedoch als inoffizielle Übersetzungsnorm in der Rechtsprechung weiter. In der Entscheidung *Ibrahim v. Amalibini* wurde diese Praxis zumindest in Hinsicht auf die Verwendung der Klausel hinterfragt. Die gerichtliche Kontrolle von Gewohnheitsrecht wurde allerdings nicht in Frage gestellt. Inzwischen scheint sich ein Trend zum Nichteingriff zu etablieren. Allerdings ist diese Frage nach wie vor umstritten.<sup>643</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich nicht immer eindeutige Normen der Gewohnheitsrechtsprechung rekonstruieren lassen. Stattdessen findet – zumindest in der jüngeren Rechtsprechung – eine Auseinandersetzung über den richtigen Umgang mit Gewohnheitsrecht statt. Außerdem bleibt das erklärende Potenzial dieses Ansatzes beschränkt: Wann und warum übersetzungsleitende Normen befolgt oder gerade nicht befolgt werden, kann nur durch eine stark kontextualisierende Rekonstruktion erfasst werden.<sup>644</sup>

---

<sup>643</sup> In der ghanaischen Rechtswissenschaft ist diesbezüglich von verschiedenen »Schulen« die Rede, vgl. Mensa-Bonsu, 22 *University of Ghana Law Journal* (2002-2004), S. 1 (13 f.).

<sup>644</sup> Jüngere Ansätze in der Translationsforschung versuchen, die Veränderung von Übersetzungsnormen zu erklären, indem sie die Vorstellung übersetzungsleitender Normen an Konzepte des französischen Soziologen Pierre Bourdieu anbinden, vgl. Inghilleri, 15 *Target* (2003), 243 ff. Michaela Wolf weist auf Grenzen einer solchen Anbindung hin und schlägt entsprechende Weiterentwicklungen vor; etwa in: Wolf, *The Location of the »Translation Field«*, in: Wolf/Fukari (Hrsg.), *Constructing a Sociology of Translation*, 2007, S. 109 ff.

### 4.2.3 Domestizierung und Verfremdung

Die Rechtsprechung staatlicher Gerichte kann schließlich in Anlehnung an die kritische Auseinandersetzung mit hegemonialen Übersetzungsstrategien als »domestizierend« oder »verfremdend« beschrieben werden. Dieses Begriffspaar wird bemüht, um die Machtasymmetrien, die auch das Verhältnis verschiedener Sprachen zueinander prägen, und die damit einhergehenden dominanten Übersetzungspraktiken zu kritisieren. Das Ziel einer domestizierenden – also möglichst flüssigen, unauffälligen – Übersetzung kann als besonders einflussreiche Übersetzungsnorm verstanden werden. Diese Betonung von Machtasymmetrien legt es nahe, die Unterscheidung auf die Gewohnheitsrechtsprechung staatlicher Gerichte zu übertragen.

Eine Übertragung dieses Ansatzes stößt relativ schnell an ihre Grenzen, wenn die Untersuchung auf sprachliche Aspekte beschränkt bleibt. Zwar finden sich Hinweise auf einen sprachlichen Transfer, etwa bei Begriffen, die als unübersetzbar angesehen und daher als Lehnwörter übernommen werden.<sup>645</sup> Die Verwendung solcher Lehnwörter kann als Ausdruck des Bestrebens nach Originaltreue, aber auch als bewusste Übersetzungsstrategie verstanden werden. Lehnwörter machen deutlich, dass Recht aus einem anderen Kontext in staatliches Recht überführt wurde, und entfalten damit eine verfremdende Wirkung. Die normative Aufladung des Begriffspaares Domestizierung/Verfremdung ist allerdings zu vereinfachend. Denn die Gewohnheitsrechtsprechung findet in einem multilingualen Kontext und nicht in einem zweisprachigen Verhältnis statt, wie es der Gegenüberstellung von Domestizierung und Verfremdung für das Übersetzen im engeren Sinne zu Grunde liegt. Neben der offiziellen Gerichtssprache (Englisch) gibt es eine Vielzahl weiterer Rechte und Sprachen, die ihrerseits sehr unterschiedlichen Status und Einfluss besitzen. Die positive Wertung von Verfremdung ist in diesem Kontext zweifelhaft. Sie kann nämlich – etwa wenn Gewohnheitsrechte kleinerer Gesellschaften aus dem Norden Ghanas in staatliches Recht übersetzt wer-

---

<sup>645</sup> Vgl. 3.4.3.1.

den – auch eine exotisierende Wirkung entfalten, die sie in die Nähe kolonialer Praktiken des Othering rückt.<sup>646</sup>

Auch wenn über die sprachliche Ebene hinausgegangen wird, führt eine Gegenüberstellung von Domestizierung und Verfremdung nicht zu eindeutigen Ergebnissen. So kann die verbreitete Praxis, Gewohnheitsrecht konfliktvermeidend zu konstruieren,<sup>647</sup> als Domestizierung verstanden werden. Konfliktvermeidung entspricht einer Übersetzung, die sich flüssig in den Zielkontext des staatlichen Fallrechts einfügt. Verstärkt wird dies noch durch die Vereinheitlichung unterschiedlicher Gewohnheitsrechte durch die Rechtsprechung. Die Vermeidung von Konflikten kann nicht allein damit begründet werden, dass ein Gericht die Einheit einer widerspruchsfreien Rechtsordnung bewahren will. Auch ein explizites Aushandeln von Konflikten wäre denkbar, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden. Vielmehr bewirkt diese Art der Rechtsprechung, dass die Fremdheit gewohnheitsrechtlicher Ordnungen im staatlichen Recht und damit der Akt der Übersetzung unkenntlich gemacht wird. Die domestizierende Glättung ist aber nicht in sämtlichen Entscheidungen so eindeutig. So sind andere Beispiele – wie etwa die bereits mehrfach zitierte Entscheidung Ibrahim vs. Amalibini – deutlich ambivalenter. Hier grenzt sich das Gericht zu den Vorinstanzen ab, indem es Gewohnheitsrecht ebenfalls konform zum übrigen staatlichen Recht konstruiert. Gleichzeitig geht es aber auch verfremdend im Sinne der macht-kritischen Übersetzungstheorie vor. So verteidigt das Gericht die Bräuche der Frafra – eingangs spricht das Gericht sogar spezifisch von Nankanse und übernimmt damit die in der Rechtsprechung sonst unübliche Selbstbeschreibung einer spezifischen Gesellschaft – gegen dominante britische Rechtsvorstellungen.

Das Begriffspaar Domestizierung/Verfremdung eignet sich also nur zu einem gewissen Grad, um den Prozess der Aneignung von Gewohnheitsrecht in der Rechtsprechung zu erfassen. Zwar weist es ebenfalls ein gewisses exploratives Potenzial auf. Die Vielfalt der gewohnheits-

---

<sup>646</sup> Auf diesen Aspekt verfremdender Übersetzung weist etwa auch Shamma in seiner Kritik an Venuti hin, vgl. Shamma, *Translation and the Manipulation of Difference*, 2009, S. 76 ff.

<sup>647</sup> Vgl. 3.4.2.2.

rechtlichen Ordnungen und deren unterschiedliche Behandlung im Rahmen staatlicher Rechtsprechung erschweren aber eine einfache Übertragung. In seiner dichotomisierenden Gegenüberstellung bleibt die Konzeption von Domestizierung und Verfremdung zu unscharf, um die komplexen Prozesse der Gewohnheitsrechtsübersetzung zu analysieren. Auch aus normativer Sicht ist die Gleichsetzung von Verfremdung mit Widerstand gegen Hegemonie zu einfach. Zudem bliebe bei einer solchen Gegenüberstellung unterschiedlicher Sprachen bzw. Ordnungen unberücksichtigt, dass diese nicht homogen, sondern ihrerseits durch Auseinandersetzungen und Machtgefälle geprägt sind.<sup>648</sup> Als heuristische Perspektive kann sie gleichwohl helfen, den Blick auf den Umgang mit Differenz in der Rechtsprechung zu lenken.

---

<sup>648</sup> Dass auch Sprachen heterogen und intern durch Machtbeziehungen geprägt sind, betont Venuti an anderer Stelle, vgl. Venuti, *The Scandals of Translation*, 1998, S. 9 ff. Hier deutet Venuti an, dass die Übersetzung von Texten, die in einer Sprache marginalisiert sind, auch das Verhältnis zwischen Sprachen beeinflussen kann. Wie sich die Machtbeziehungen innerhalb einer Sprache genau zum Begriffspaar Domestizierung/Verfremdung verhalten, bleibt aber unklar.

## 4.3 Diffusion von Normen, Rechtspluralismus und Übersetzen

Die hier vorgeschlagene Adaption übersetzungstheoretischer Konzepte auf die Rechtsprechung staatlicher Gerichte eröffnet weitere Forschungsperspektiven auf Prozesse des Austausches zwischen normativen Ordnungen. In der Rechtsvergleichung wird die Diffusion von Normen als wichtiges Beispiel der Interaktion zwischen normativen – meist staatlichen – Ordnungen diskutiert. Beide Phänomene, Rechtspluralismus und Diffusion, sind eng miteinander verknüpft. Dies legt es nahe, dass ein translatorischer Ansatz auch im Rahmen der Diskussion zu rechtlichen Transferprozessen nutzbar gemacht werden kann. Um dies zu verdeutlichen, wird zunächst die Diskussion über die Diffusion von Normen beschrieben (dazu 4.3.1). Ein rechtspluralistischer Blick auf Normdiffusion regt dazu an, diese nicht als einseitigen Prozess zu verstehen. Außerdem sollten Analysen nicht auf den Austausch zwischen staatlichen Normen und Akteuren reduziert werden (dazu 4.3.2). Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass eine translatorische Perspektive auch die Analyse von Diffusion in anderen Kontexten ergänzen kann (dazu 4.3.3).

### 4.3.1 Diffusion von Normen

Transfer und Rezeption von Recht sind seit jeher Gegenstand der Rechtswissenschaft. Im Zuge der Globalisierung – insbesondere aufgrund der Verbreitung rechtlicher Ordnungen durch internationale Organisationen – gewann die »Reisefähigkeit«<sup>649</sup> von Normen zu Beginn der 1990er Jahre als Forschungsgegenstand in der Rechtsvergleichung an Bedeutung.<sup>650</sup> In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird oft auf die Metapher des »Rechtstransplantats«<sup>651</sup> zurückgegrif-

---

<sup>649</sup> Die Reisemetapher geht auf Said zurück, vgl. Said, *The World, the Text, and the Critic*, 1983, S. 226 ff.

<sup>650</sup> Eine Übersicht über die juristische Diskussion findet sich bei Graziadei, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, S. 441 ff.

<sup>651</sup> Grundlegend: Watson, *Legal Transplants*, 1993. Laut Watson, der sich vor allem rechtshistorisch mit der Verbreitung römischen Rechts beschäftigte, sind solche

fen, um die Verbreitung von Recht zu beschreiben. In der Regel wird mit dieser Metapher die Übertragung bestimmter Rechtstexte – dies können einzelne gesetzliche Vorschriften oder ganze Gesetze sein – oder rechtlicher Institute aus einem Herkunftsland in ein Empfängerland beschrieben. Verbunden mit einem solchen Verständnis ist die Annahme, dass Recht weitgehend unabhängig von externen Einflüssen ist.<sup>652</sup> Außerdem suggeriert die Metapher klar abgrenzbare Einheiten (Geber – Empfänger).<sup>653</sup> Bezeichnungen wie Transplantat oder Transfer legen außerdem nahe, die Verbreitung von Normen als eindimensionalen Prozess zu begreifen. Auch wenn es bezüglich des Transfers von konkreten schriftlichen Formulierungen solch einseitige Prozesse geben mag, findet oft eher ein Austausch zwischen verschiedenen Ordnungen statt.<sup>654</sup> Gerade die Metapher des Transplantats, die zu Parallelen mit dem Sprachgebrauch in der Medizin einlädt, verführt außerdem dazu, Untersuchungen auf die Fragen des Gelingens bzw. Scheiterns – des Abstoßen eines Transplantats – zu reduzieren. So wird die wissenschaftliche Diskussion überwiegend aus einer Makro-Perspektive auf Prozesse der Norm-Diffusion geführt.<sup>655</sup> Sie stößt zu-

---

Transplantate der Hauptauslöser für Veränderungen von rechtlichen Ordnungen.

<sup>652</sup> Dem Konzept der Rechtstransplantate wurde insbesondere von Legrand vorgeworfen, kulturelle Besonderheiten bestimmter Rechtsordnungen zu ignorieren, vgl. etwa Legrand, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (1997), 111 (113 ff.). Transplantate sind nach dieser Auffassung unmöglich, da die Bedeutung einer Norm sich nicht allein in ihrer sprachlichen Formulierung manifestiert. Die Bedeutung einer Norm verändert sich also, wenn ihre sprachliche Formulierung in einen neuen Kontext eingeführt wird.

<sup>653</sup> Baer, 46 *Tulsa Law Review* (2010-2011), 59 (66), kritisiert dies und die damit regelmäßig einhergehende Gleichsetzung mit dem Nationalstaat als Geber bzw. Empfänger. Mit unterschiedlichen theoretischen Hintergründen und Begründungen wurden in der Rechtsvergleichung alternative Metaphern wie etwa Irritation, vgl. Teubner, 61 *The Modern Law Review* (1988), 11 ff., oder Transposition, vgl. Örüçü, 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002), S. 205 ff., vorgeschlagen, ohne dass sie sich in der Rechtsvergleichung durchsetzen konnten.

<sup>654</sup> Inwieweit ein einseitiger Transfer oder eher ein Prozess gegenseitiger Beeinflussung wahrgenommen wird, hängt nicht zuletzt auch davon ab, welcher zeitliche Rahmen für eine Untersuchung zugrunde gelegt wird. Eine ähnliche Diskussion haben in der Geschichtswissenschaft die Konzeptionen der »histoire croisée« bzw. der »entangled histories« ausgelöst, vgl. Conrad/Randeria, Einleitung, in: Conrad/Randeria (Hrsg.), *Jenseits des Eurozentrismus*, 2002, S. 17 ff.

<sup>655</sup> Graziadei schlägt daher vor, diese Ansätze stärker durch Analysen aus der Mikro-Perspektive zu ergänzen, vgl. Graziadei, 10 *Theoretical Inquiries in Law* (2009), 723 (730, 734 ff.).



dem dann ihre Grenzen, wenn über die reine Übertragung von Normtexten weitere Aspekte wie etwa die tatsächliche Umsetzung und Deutung dieser Texte in die Untersuchung mit einbezogen werden sollen.

Fest steht, dass Austauschprozesse sehr komplex sind, durch verschiedene Akteure geprägt werden und in ganz unterschiedlichen Kontexten erfolgen. Es gibt verschiedene Motivationen bzw. Triebkräfte, die Diffusionsprozesse nicht nur auslösen, sondern auch maßgeblich deren Gestalt prägen.<sup>656</sup> Außerdem gibt es verschiedene theoretische Zugänge, die unterschiedliche Aspekte solcher Prozesse betrachten und unterschiedliche Fragen an diese stellen. Wegen seiner begrifflichen Weite scheint der Begriff der »Diffusion« am geeignetsten zu sein, die mit Austauschprozessen einhergehende Komplexität abzubilden. Außerdem ermöglicht seine Verwendung den Anschluss an weitere Disziplinen und Forschungsgegenstände.<sup>657</sup> Unter dieser Bezeichnung werden etwa in der Politikwissenschaft Modelle diskutiert, die auch die rechtswissenschaftliche Diskussion bereichern können. Ein einflussreiches Beispiel hierfür ist das »Spiralmodell«, das als allgemeines Schema für die Verbreitung menschenrechtlicher Normen vorgeschlagen wurde.<sup>658</sup> Dieses Modell ist ausdrücklich dafür konzipiert, auch Aspekte des Widerstands und der Auseinandersetzung im Rahmen der Sozialisierung von Normen zu berücksichtigen.<sup>659</sup> Auch im Rahmen des Spiralmodells wird jedoch ein verhältnismäßig eindimensionaler Prozess – die Übertragung internationaler Normen auf den national-staatlichen Kontext – beschrieben.

### 4.3.2 Rechtspluralismus und Diffusion

Diffusion beschreibt die Verbreitung von Normen. Rechtspluralistische Konzeptionen betonen die Interaktion zwischen verschiedenen

---

<sup>656</sup> Vgl. den Versuch einer entsprechenden Typologisierung bei Miller, 51 *American Journal of Comparative Law* (2003), 839 (845 ff.).

<sup>657</sup> So auch Twining, *General Jurisprudence*, 2009, S. 269 ff.

<sup>658</sup> Vgl. Risse/Sikkink, *The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction*, in: Risse/Ropp/Sikkink, *The Power of Human Rights*, 1999, S. 17 ff.

<sup>659</sup> Vgl. Risse/Sikkink, *The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction*, in: Risse/Ropp/Sikkink, *The Power of Human Rights*, 1999, S. 23 f.

normativen Ordnungen. Insofern ist es naheliegend, Diffusion und Rechtspluralismus als verwandte Phänomene zu begreifen.<sup>660</sup> Eine Verbindung der jeweiligen Ansätze kann Akzente für die Untersuchung beider Forschungsgegenstände liefern. Sie regt insbesondere dazu an, den Blick auf Diffusionsprozesse nicht auf den Austausch zwischen Staaten bzw. staatlichen Akteuren zu beschränken, sondern auch nicht-staatliche Akteure und ihre normativen Ordnungen zu berücksichtigen.<sup>661</sup> Diese prägen Diffusionsprozesse auch, wenn sie nicht ausdrücklich durch das staatliche Recht anerkannt sind. Austausch ist hierbei ernst zu nehmen.<sup>662</sup> Es handelt sich gerade nicht um eine einseitige Übertragung von Normen. Diffusion beschränkt sich in diesem Verständnis auch nicht auf den Transfer von (Rechts-) Texten, sondern beinhaltet beispielsweise auch weitergehende Praktiken sowie Rechtsvorstellungen.

Die in dieser Arbeit untersuchte Inkorporation von Gewohnheitsrecht in die staatliche Rechtsordnung ist ein spezifisches Beispiel für die Diffusion von Recht. Eine konkrete Ausprägung von Rechtspluralismus – etwa der hier untersuchte offizielle Rechtspluralismus Ghanas – kann zugleich als Resultat einer Diffusion von Normen verstanden werden. Insbesondere koloniale Herrschaftsstrukturen waren auch von einem massiven Transfer bestimmter Normen und Ordnungen geprägt.<sup>663</sup> Diese trafen nicht auf ein Vakuum, sondern auf bereits existierende normativen Ordnungen. Das Zusammentreffen war geprägt von den Verständnissen und Repräsentationen der verschiedenen normativen Ordnungen durch die Kolonisatoren und die Kolonisierten und wirkt bis heute nach. Der post-koloniale Kontext verdeutlicht, wie wichtig historische Entwicklungen für heutige Arrangements sind. Dies verdeutlicht etwa die Auseinandersetzung mit dem kolonialen Umgang mit Gewohnheitsrecht in der ghanaischen Recht-

---

<sup>660</sup> In diesem Sinne auch Hendry, *Legal Pluralism and Normative Transfer*, in: Frankenberg (Hrsg.), *Order from Transfer*, 2013, S. 154 ff.

<sup>661</sup> So auch Gillespie/Nicholson, *Taking the Interpretation of Legal Transfers Seriously*, in: dies. (Hrsg.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, 2012, S. 9 f.

<sup>662</sup> Siehe beispielsweise Merry, *Human Rights and Gender Violence*, 2006.

<sup>663</sup> Dabei ist zwischen verschiedenen Erscheinungsformen kolonialer Beherrschung und der dazugehörige Umgang mit Recht zu unterscheiden, vgl. Benton, *Law and Colonial Cultures*, 2002.

sprechung. Die Rechtsgeschichte ist also nicht nur reich an Beispielen für (vermeintlich abgeschlossene) rechtliche Austauschprozesse. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass auch aktuelle Prozesse der Norm-Diffusion meist eine (Vor-) Geschichte haben. Diffusion ist zudem kein neutraler, rein technischer Vorgang, sondern findet in Kontexten statt, in denen die Beziehungen zwischen verschiedenen Akteuren durch Machtasymmetrien geprägt sind. Diffusion ist damit immer auch interessengeleitet. Diffusion ist also die Verbreitung bestimmter (und nicht alternativer) Normen und das Durchsetzen bestimmter (und nicht alternativer) Lesarten.

### 4.3.3 Übersetzen als Diffusionspraxis

Die Verbindung von Rechtspluralismus und Diffusion wirft schließlich die Frage auf, inwieweit die in dieser Arbeit vorgestellte Übersetzungsperspektive helfen kann, normative Austauschprozesse zu analysieren. Übersetzen ist in diesem Verständnis eine maßgebliche Praxis der Diffusion. Dies wurde im vorangegangenen Kapitel für einen spezifischen Diffusionsprozess beschrieben – der Konstruktion lokalen Gewohnheitsrechts als staatliches Recht durch ghanaische Gerichte. Sowohl die methodische Herangehensweise als auch die nur ange deuteten Perspektiven einer weitergehenden Theoretisierung können auf andere Prozesse der Diffusion angewendet werden.

Die Übersetzungsmetapher wurde schon früher für die Untersuchung von rechtlichen Diffusionsprozessen vorgeschlagen, um deren Komplexität besser zu fassen.<sup>664</sup> Übersetzen wird hier in erster Linie als heuristische Perspektive verwendet, die zunächst den Empfängerhorizont in den Vordergrund rückt. Auch in der Diskussion von Rechts transplantaten wird betont, dass bei der Übertragung von Rechtsinstituten und -ordnungen Kontext und »Kultur« der Zielgesellschaften zu berücksichtigen sind.<sup>665</sup> Dies entspricht der Kritik in der politikwissenschaftlichen Diskussion an einer zu starken Fokussierung auf internationale Normen und Akteure und der damit verbundenen For-

---

<sup>664</sup> Vgl. Langer, 45 *Harvard International Law Journal* (2004), 1 (32 ff.).

<sup>665</sup> Vgl. Berkovitz/Pistor/Richard, 51 *American Journal of Comparative Law* (2003), 163 (167).

derung, sich stattdessen stärker auf die in den Empfängerländern auszumachenden Prozesse und ihre Akteure zu konzentrieren.<sup>666</sup> Die Übersetzungsmetapher betont zudem die Anpassung und Veränderung von Normen, die auf einen neuen Kontext treffen.<sup>667</sup> Die Metapher des Transplantats scheint dagegen zu suggerieren, dass ein erfolgreiches Rechtstransplantat vergleichsweise identisch mit dem Original ist.<sup>668</sup>

Der konzeptuelle Nutzen eines translatorischen Ansatzes geht aber über die Betonung von Anpassung hinaus. Eine Untersuchung bleibt weitgehend auf das Ergebnis eines Diffusionsprozesses beschränkt, wenn lediglich festgestellt wird, dass Normen auf ihren Reisen transformiert werden. Der Begriff des Übersetzens öffnet darüber hinaus den Blick auf Prozesse der Konstruktion von Bedeutung und kann so Gründe und Einflüsse für eine Veränderung differenzierter als mit dem bloßen Hinweis auf die Zielkultur beschreiben. Gleichzeitig erlaubt diese Perspektive, die Agentur derjenigen zu berücksichtigen, die an der Diffusion von Recht beteiligt sind.<sup>669</sup> Austauschprozesse finden schließlich nicht in ausgeglichenen Machtverhältnissen statt. Solche Machtasymmetrien bestehen sowohl zwischen verschiedenen Ländern und ihren Rechtssystemen<sup>670</sup> als auch zwischen den verschiedenen Akteuren, die an den Prozessen der Norm-Diffusion beteiligt sind.<sup>671</sup> Dies gilt insbesondere für den Bereich der internationalen rechtlichen Zusammenarbeit, für die der Transfer von Recht – trotz

---

<sup>666</sup> Ein Beispiel hierfür ist Acharyas Konzept der »Lokalisierung«, vgl. Archaya, 58 International Organization (2004), 239 (244 ff.).

<sup>667</sup> Langer, 45 Harvard International Law Journal (2004), 1 (34).

<sup>668</sup> Dass es zu solchen Veränderungen kommt, ist in der Rechtsvergleichung unbestritten. Auch Watson betont, dass es normalerweise zu einer Anpassung transplantierten Rechts an den neuen Kontext komme, vgl. Watson, Legal Transplants, 1993, S. 27, 97.

<sup>669</sup> So betont etwa Hendry die Bedeutung der Übersetzenden, vgl. Hendry, Legal Pluralism and Normative Transfer, in: Frankenberg (Hrsg.), Order from Transfer, 2013, S. 167.

<sup>670</sup> Beispielsweise wurde darauf hingewiesen, dass bestimmte Rechtssysteme – insbesondere das US-amerikanische Recht – besonders einflussreich seien und hierdurch andere Ordnungen prägen. Differenziert zu dieser These einer »Amerikanisierung«: Langer, 45 Harvard International Law Journal (2004), 1 (3, 6).

<sup>671</sup> Gillespie/Nicholson, Taking the Interpretation of Legal Transfers Seriously, in: Gillespie/Nicholson (Hrsg.), Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers, 2012, S. 9.

anhaltender Kritik – nach wie vor eine wichtige Säule darstellt.<sup>672</sup>  
Übersetzungstheoretische Konzepte können dabei helfen, solche  
Machtasymmetrien in die Analyse mit einzubeziehen.

---

<sup>672</sup> Vgl. die Diskussion bei Trubek, The »Rule of Law« in Development, in:  
Trubek/Santos (Hrsg.), New Law and Economic Development, 2006, S. 86 ff.

## 4.4 Chancen und Grenzen der Anbindung

Über den metaphorischen Gehalt des Übersetzungsbegriffs hinaus kann eine Anbindung an die Übersetzungsforschung theoretische Impulse für die Analyse rechtspluralistischer Phänomene geben. Der Übersetzungsbegriff hilft nicht nur, bestimmte Aspekte von Rechtspluralismus, wie etwa Fragen der Verständigung, Kennzeichnung und Bedeutungszuweisung in den Blickpunkt zu rücken. Die Translation Studies bieten verschiedene Ansätze und Modelle, die auf die Rechtsprechung von Gewohnheitsrecht übertragen werden können.

Vielsprechend sind vor allem Ansätze, die sich nicht darauf konzentrieren, präskriptive Vorgaben für die Durchführung von Übersetzungen zu liefern, sondern die Übersetzen als soziale Praxis verstehen und untersuchen. Ein Beispiel hierfür ist die in den sogenannten Descriptive Translation Studies verbreitete Rekonstruktion von übersetzungsleitenden Normen. Allerdings stößt die Übertragbarkeit von Konzepten, die für das Übersetzen literarischer Texte entwickelt wurden, an ihre Grenzen. Zwar finden sich Parallelen zwischen der Rechtsprechung staatlicher Gerichte und dem Übersetzen literarischer Texte. Gleichzeitig gibt es jedoch offensichtliche Unterschiede, die bei der Übertragung von Konzepten bzw. der Anbindung von Ergebnissen berücksichtigt werden müssen. Letztlich handelt es sich hierbei selbst um einen Übersetzungsprozess, dessen (vorläufiges) Produkt keinem Original entspricht.

Neben interdisziplinärem Austausch auf der Ebene der Theoriebildung stellt die Diffusion von Normen eine weitere Forschungsperspektive für einen translatorischen Zugang dar. Rechtspluralismus und Diffusion sollten als verwandte Phänomene gemeinsam gedacht werden. Ein translatorischer Ansatz kann auch die wissenschaftliche Diskussion von Diffusionsprozessen bereichern. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Adaptation von reisenden Normen beleuchtet und Machtbeziehungen berücksichtigt werden sollen.

## 5 Schluss

»Übersetzen [...] ist die Agentur der Differenz, welche die trügerische Identität von Kulturen sowohl schafft, als auch sie im Zwiespalt ihrer ursprünglichen Nicht-Identität erneuert und vertieft.«<sup>673</sup>

Das wechselseitige Verhältnis verschiedener normativer Ordnungen zueinander wirft Fragen auf, die über diejenige nach der Normgeltung hinausgehen, wenn Austausch auch das Aufeinandertreffen unterschiedlicher Vorstellungen von Recht beinhaltet. Dies wird besonders deutlich, wenn der Umgang des post-/kolonialen Staats mit gewohnheitsrechtlichen Ordnungen untersucht wird. Aspekte wie Differenz, Repräsentation, Macht und Exklusion rücken dann in den Fokus. »Rechtspluralismus« kann am besten als heuristische Forschungsperspektive begriffen werden, als sensibilisierendes Konzept, das hilft, dieses Aufeinandertreffen unterschiedlicher normativer Ordnungen besser zu verstehen. Ein solches Verständnis von Rechtspluralismus ist nicht mit binären Gegenüberstellungen verschiedener normativer Ordnungen vereinbar, die diese als scharf abgetrennte Einheiten verstehen. Eine solche Gegenüberstellung würde zudem nahelegen, allgemeine Bewertungen normativer Ordnungen vorzunehmen, denen die Gegenüberstellung »gut/schlecht« zu Grunde liegt. Eine derart vereinfachende Bewertungslogik zeichnet jedoch ein unterkomplexes Bild von Rechtspluralismus – also genau das, was diese Forschungsperspektive eigentlich verhindern will.

Wenn stattdessen »Übersetzen« als eine maßgebliche Praxis des Rechtspluralismus verstanden und über diesen Begriff untersucht wird, wie Recht konstruiert wird, erlaubt dies nicht nur, die scheinbare Homogenität normativer Ordnungen aufzulösen und an ihrer Stelle etwa Auseinandersetzungen um Deutungshoheit zu thematisieren. Es können auch Verständigung und Missverständnis als Elemente des Austauschs und die Bedeutung von Vorverständnissen und -urteilen in die Untersuchung aufgenommen werden. Die Übersetzungspers-

---

<sup>673</sup> Haverkamp, Zwischen den Sprachen, in: Haverkamp (Hrsg.), Die Sprache der Anderen, 1997, S. 7.

spektive bietet damit auch kritisches Potential bezüglich der Frage, wer »Recht spricht« und wessen Erfahrungen und Interessen unberücksichtigt bleiben. Ein solcher Zugang ist nicht darauf angewiesen, für sich selbst einen neutralen Beobachtungsstandort außerhalb des Forschungsgegenstand zu konstruieren. Im Gegenteil verlangt er, die eigene Position im Rahmen der Forschungstätigkeit zu reflektieren. Darüber hinaus bietet eine translatorische Analyse von Recht weitere Forschungsperspektiven. So kann die Übersetzungsforschung auch theoretische Impulse für die Untersuchung rechtspluralistischer Phänomene geben. Die hier nur angedeutete Rekonstruktion übersetzungsleitender Normen eröffnet beispielsweise nicht nur die Möglichkeit, historischen Wandel abzubilden, sondern auch, verschiedene Praktiken des Rechtspluralismus miteinander zu vergleichen.

Eine Übersetzungsperspektive legt die Untersuchung hierbei nicht auf bestimmte Akteure, Institutionen oder normative Ordnungen fest. Rechtspluralismus ist ein Phänomen, das maßgeblich durch das Verhalten unterschiedlicher Akteure der Rechtsprechung geprägt wird. Mit der Gewohnheitsrechtsprechung staatlicher Gerichte wurde in der Fallstudie nur ein Aspekt des post-kolonialen Miteinanders staatlicher und nicht-staatlicher Ordnungen in Ghana untersucht. Neben den staatlichen Gerichten sind andere Akteure der Rechtsprechung sowie das Verhalten individueller Rechtssuchender ebenfalls von Bedeutung. Ein weiterer Aspekt des offiziellen Rechtspluralismus ist daher beispielsweise, wie staatliche Gesetze und Gerichtsentscheidungen von nicht-staatlichen Akteuren – seien dies traditionelle Gerichte oder Individuen, die ihr Recht in unterschiedlichen Institutionen suchen – in ihren jeweiligen Kontext übersetzt werden. Rechtspluralismus als Kommunikation zwischen normativen Ordnungen stellt somit ein komplexes Netz unterschiedlicher Übersetzungsprozesse dar.

Die Ergebnisse der Analyse staatlicher Rechtsprechung entsprechen nur vordergründig der verbreiteten Charakterisierung offizieller Versionen von Gewohnheitsrecht. Zwar kommt es auch in der ghanaischen Rechtsprechungspraxis zu einer gewissen Verfestigung des Inhalts. Aus einer translatorischen Perspektive ist diese jedoch der Selbstreferenz der Gerichte geschuldet, nicht Entscheidungsprinzipien wie der *stare decisis*. Sie ist damit Ergebnis strategischer Entschei-



dungen, also kontingent. Trotz dieser Verfestigung zeigt die Rechtsprechungsanalyse zudem, dass es auch zu Veränderungen in der Rechtsprechungspraxis kommt. Insbesondere die Auseinandersetzung um die Austragung von Konflikten zwischen gewohnheitsrechtlichen und staatlichen Normen verdeutlicht, dass auch das offizielle Gewohnheitsrecht nicht homogen, sondern von Auseinandersetzungen über die Deutungshoheit geprägt ist. Daneben rücken weitere Aspekte der Rechtsprechung in den Vordergrund. Der Blick auf Prozesse des Fremdverstehens veranschaulicht etwa, wie wichtig der (Rechts-)Vergleich für die Rechtsprechungspraxis ist und wie unterschiedlich Vergleich in dieser argumentativ verwendet wird.

Aus einer solchen Analyse ergeben sich keine unmittelbaren Vorschläge für eine Veränderung bestimmter Praktiken. Die in dieser Arbeit entwickelte Übersetzungsperspektive dient zunächst nur als Hilfsmittel, um zu einer komplexeren Analyse gerichtlicher Praktiken zu gelangen und Aspekte hervorzuheben, die in anderen Untersuchungen vernachlässigt werden. Die Ergebnisse dieser Arbeit können aber normative Diskussionen zu Rechtspluralismus informieren, insbesondere solche Ansätze, die Dialog und Verständigung betonen. Das Beispiel Ghanas warnt davor, der staatlichen »Anerkennung« nicht-staatlichen Rechts vorschnell eine emanzipierende Wirkung zuzuschreiben. Auch zeigt es, wie wichtig die Frage ist, wessen Stimme gehört wird, wenn nach Inhalt und Bedeutung von Recht gefragt wird – und wessen Stimmen im Ringen um die Deutungsmacht regelmäßig nicht gehört werden. Die Übersetzungsperspektive legt nahe, dass die Chancen für einen offenen Verständigungsprozess nicht in der endgültigen Festlegung eines bestimmten Verständnisses liegen. Vielmehr gilt die Herausforderung, das andauernde Verhandeln von Bedeutung als Diskurs auszugestalten, der allen Betroffenen ein Höchstmaß an Beteiligung einräumt.

## 6 Literatur

- Abel, Richard, A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society, 8 *Law & Society Review* (1974), 217–347
- Abotchie, C./Awedoba, Albert K./Odotei, Irene K./u.a., Perceptions on Chieftaincy, in: Odotei, Irene K./Awedoba, Albert K. (Hrsg.), *Chieftaincy in Ghana. Culture, Governance, and Development*, Accra, 2006, 103–144
- Abotsie, Ernest K./Galizzi, Paolo, Traditional Institutions and Governance in Modern African Democracies. History, Opportunities, and Challenges in Ghana, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, New York, 2011, 266–292
- Acharya, Amitav, How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism, 58 *International Organization* (2004), 239–275
- Acquah, G. K., The Judicial Role of the Chief in Democratic Governance, in: Odotei, Irene K./Awedoba, Albert K. (Hrsg.), *Chieftaincy in Ghana. Culture, Governance, and Development*, Accra, 2006, 65–80
- Adinkrah, Kofi O., Ghana's Marriage Ordinance. An Inquiry into a Legal Transplant for Social Change, 18 *African Law Studies* (1980), 1–42
- Adinkrah, Mensah, Witchcraft Accusations and Female Homicide Victimization in Contemporary Ghana, 10 *Violence Against Women* (2004), 325–356
- Adjaye, Joseph K., The Technology of the Human Voice. Oral Systems of Information Dissemination and Retrieval Among the Akan of Ghana, 40 *The International Information & Library Review* (2008), 236–242
- Akamba, Joseph B./Tufuor, Isidore K., The Future of Customary Law in Ghana, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, New York, 2011, 202–224
- Alexy, Robert, *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, 1995
- Algero, Mary G., In Defense of Forum Shopping. A Realistic Look at Selecting a Venue, 79 *Nebraska Law Review* (1999), 79–112
- Alliot, Michel, La Coutume dans les Droits Originellement Africains, 7-8 *Bulletin du Liaison de LAJP* (1985), 79–100
- Allman, Jean M./Tashjian, Victoria B., "I will not eat stone". A Women's History of Colonial Asante, Portsmouth, NH, 2000
- Allott, Antony N., *Essays in African Law. with Special Reference to the Law of Ghana*, 1960
- Allott, Antony N. (Hrsg.), *The Future of Law in Africa*, Leiden, 1960
- Allott, Antony N./Epstein, Arnold L./Gluckman, Max, Introduction, in: Gluckman, Max (Hrsg.), *Ideas and Procedures in African Customary Law*, London, 1969, 1–96
- Ameh, Robert, Reconciling Human Rights and Traditional Practices, 19 *Canadian Journal of Law & Society* (2004), 51–72
- Amoah, Michael, *Reconstructing the Nation in Africa. The Politics of Nationalism in Ghana*, London, 2007
- Anamzoya, Alhassan S., *Working Behind the Scenes. State Actors and Judicial Processes in the Houses of Chiefs in Ghana*, Accra, 2008
- Ansprenger, Franz/Traeder, Heide/Tetzlaff, Rainer (Hrsg.), *Die politische Entwicklung Ghanas von Nkrumah bis Busia*, München, 1972

- Arhin, Kwame (Hrsg.), *The Life and Work of Kwame Nkrumah. Papers of a Symposium Organized by the Institute of African Studies, Accra*, 1991
- Armstrong, Alice/Beyani, Chaloka/Himonga, Chuma/Kabeberi-Macharia, Janet/Molokomme, Athaliah/Ncube, Welshman/Nhlapo, Thandabantu/Rwezaura, Bart/Stewart, Julie, *Uncovering Reality. Excavating Women's Rights in African Family Law*, 7 *International Journal of Law and the Family* (1993), 314–369
- Arndt, Susan, Häuptling, in: Arndt, Susan/Hornscheid, Antje (Hrsg.), *Afrika und die deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk*, 1. Aufl., Münster, 2004, 142–146
- Arndt, Susan/Hornscheid, Antje (Hrsg.), *Afrika und die deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk*, 1. Aufl., Münster, 2004
- Arndt, Susan/Hornscheid, Antje, Ethnie, in: Arndt, Susan/Hornscheid, Antje (Hrsg.), *Afrika und die deutsche Sprache. Ein kritisches Nachschlagewerk*, Münster, 2004, 124–126
- Arthurs, Harry W., 'Without the law'. *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth-Century England*, Toronto, 1985
- Asante, Samuel K., *Over a Hundred Years of a National Legal System in Ghana. A Review and Critique*, 31 *Journal of African Law* (1987), 70–92
- Austin, Dennis, *Politics in Ghana, 1946-1960*, London, 1970
- Austin, Gareth, *Labour, Land, and Capital in Ghana. From Slavery to Free Labour in Asante, 1807-1956*, Rochester, N.Y., 2009
- Ayine, Dominic, *Report on Judicial Corruption Monitoring Exercise in Ghana*, Accra, 2007
- Bachmann-Medick, Doris, *Introduction: The Translational Turn*, 2 *Translation Studies* (2009), 2–16
- Baer, Susanne, *Verfassungsvergleichung und reflexive Methode. Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz*, 64 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2004), 735–758
- Baer, Susanne, *Dignity, Liberty, Equality. A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, 59 *University of Toronto Law Journal* (2009), 417–468
- Baer, Susanne, *A Closer Look at Law. Human Rights as Multi-Level Sites of Struggles over Multi-Dimensional Equality*, 6 *Utrecht Law Review* (2010), 56–76
- Baer, Susanne, *Traveling Concepts. Substantive Equality on the Road*, 46 *Tulsa Law Review* (2010-2011), 59–79
- Baer, Susanne, *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, Baden-Baden, 2011
- Baer, Susanne, *Praxen des Verfassungsrechts. Text, Gerichte und Gespräche im Konstitutionalismus*, in: Bäuerle, Michael (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2013, 3–22
- Bainham, Andrew/Rwezaura, Art (Hrsg.), *The International Survey of Family Law*, 2003, Bristol, 2003
- Baker, John H. (Hrsg.), *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law*, Berlin, 1989
- Baker, John H., *Records, Reports and the Origins of Case-Law in England*, in: Baker, John H. (Hrsg.), *Judicial Records, Law Reports, and the Growth of Case Law*, Berlin, 1989, 15–46
- Baker, Mona, *In Other Words. A Coursebook on Translation*, [Reprinted], London, 2001
- Baker, Mona/Saldanha, Gabriela (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Translation Studies*, 2. Aufl., London, 2009

- Banakar, Reza/Travers, Max (Hrsg.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford, 2002
- Barker, Francis/Hulme, Peter/Iversen, Margaret/Loxley, Diana (Hrsg.), *Europe and its Others. Proceedings of the Essex Conference on the Sociology of Literature*, July 1984, Colchester, 1985
- Barzilai, Gad, *Beyond Relativism. Where is Political Power in Legal Pluralism?*, 9 *Theoretical Inquiries in Law* (2008), 395–416
- Bassnett, Susan, *The Translation Turn in Cultural Studies*, in: Bassnett, Susan/Lefevere, André (Hrsg.), *Constructing Cultures. Essays on Literary Translation*, Clevedon, 1998, 123–140
- Bassnett, Susan/Lefevere, André (Hrsg.), *Constructing Cultures. Essays on Literary Translation*, Clevedon, 1998
- Bassnett, Susan/Trivedi, Harish (Hrsg.), *Post-Colonial Translation. Theory and Practice*, London, 1999
- Bäuerle, Michael (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2013
- Benda-Beckmann, Franz von, *Law out of Context. A Comment on the Creation of Traditional Law Discussion*, 28 *Journal of African Law* (1984), 28–33
- Benda-Beckmann, Franz von, *Who's Afraid of Legal Pluralism?*, 47 *Journal of Legal Pluralism* (2002), 37–82
- Benda-Beckmann, Franz von, *Unterwerfung oder Distanz. Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht*, in: Benda-Beckmann, Franz von/Benda-Beckmann, Keebet von (Hrsg.), *Gesellschaftliche Wirkung von Recht. Rechtsethnologische Perspektiven*, Berlin, 2007, 177–202
- Benda-Beckmann, Franz von, *Gefangen im Rechtspluralismus. Zum Umgang mit Normkollisionen in rechtlich pluralen sozialen Räumen*, in: Kötter, Matthias/Schuppert, Gunnar F. (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, 2009, 169–189
- Benda-Beckmann, Franz von/Benda-Beckmann, Keebet von (Hrsg.), *Gesellschaftliche Wirkung von Recht. Rechtsethnologische Perspektiven*, Berlin, 2007
- Benda-Beckmann, Keebet von, *Forum Shopping and Shopping Forums. Dispute Processing in a Minangkabau Village in West Sumatra*, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 117–159
- Bennett, Thomas W., *Human Rights and African Customary Law under the South African Constitution*, Cape Town, 1995
- Bennett, Thomas W., *Customary Law in South Africa*, Lansdowne, 2004
- Bennett, Thomas, *Customary Criminal Law in the South African Legal System*, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, New York, 2011, 363–386
- Bennett, Thomas W./Vermeulen, *Codification of Customary Law*, 24 *Journal of African Law* (1980), 206–219
- Bennion, Francis A., *The Constitutional Law of Ghana*, London Butterworth, 1962
- Benton, Lauren A., *Law and Colonial Cultures. Legal Regimes in World History, 1400–1900*, 2002
- Bentsi-Enchill, Kwamena, *Ghana Land Law*, London, 1964
- Berg, Eberhard/Fuchs, Martin (Hrsg.), *Kultur, soziale Praxis, Text. Die Krise der ethnographischen Repräsentation*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 1999

- Bergmann, Alexander/Ferid, Murad/Henrich, Dieter (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Mit Staatsangehörigkeitsrecht, 171. Lieferung, Frankfurt/Main, 1980
- Berkowitz, Daniel/Pistor, Katharina/Richard, Jean-François, The Transplant Effect. Introduction, 51 American Journal of Comparative Law (2003), 163–203
- Berman, Paul S., From International Law to Law and Globalization, 43 Columbia Journal of Transnational Law (2005), 485–556
- Berman, Paul S., Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders, Cambridge, 2012
- Berry, Sara, Hegemony on a Shoestring. Indirect Rule and Access to Agricultural Land, 62 Africa (1992), 327–355
- Beseler, Dora v./Jacobs-Wüstefeld, Barbara, Law Dictionary English – German. Technical Dictionary of the Anglo-American Legal Terminology Including Commercial and Political Terms, 4. Aufl., Berlin, 1986
- Bhabha, Homi K., The Location of Culture, Repr; London, 1994
- Blumenthal, Julia von, Governance – eine kritische Zwischenbilanz, 15 Zeitschrift für Politikwissenschaft (2005), 1149–1180
- Bogner, Artur, The 1994 Civil War in Northern Ghana. The Genesis and Escalation of a "Tribal" Conflict, in: Lentz, Carola/Nugent, Paul (Hrsg.), Ethnicity in Ghana. The Limits of Invention, Basingstoke, Hampshire, 2000, 183–203
- Bohannan, Paul, Justice and Judgment among the Tiv, London usw, 1957
- Bohannan, Paul, Ethnography and Comparison in Legal Anthropology, in: Nader, Laura (Hrsg.), Law in Culture and Society, Chicago, 1969, 401–418
- Bond, Johanna E., Constitutional Exclusion and Gender in Commonwealth Africa, 31 Fordham International Law Journal (2007–2008), 288–342
- Bond, Johanna E., Gender, Discourse, and Customary Law in Africa, 83 Southern California Law Review (2010), 509–574
- Bosselman, Fred, Adaptive Resource Management through Customary Law, in: Ørebech, Peter/Bosselman, Fred/Bjarup, Jes/Callies David/Chanock, Martin/Petersen, Hanne (Hrsg.), The Role of Customary Law in Sustainable Development, Cambridge, 2005, 245–281
- Boyum, Keith O./Mather, Lynn M. (Hrsg.), Empirical Theories About Courts, New York, 1983
- Brobby, S. A., The Law of Chieftaincy in Ghana. Incorporating Customary Arbitration, Contempt of Court, Judicial Review, Accra, Ghana, 2008
- Brubaker, Rogers, Ethnicity without Groups, Cambridge, 2004
- Brunkhorst, Hauke/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen, Baden-Baden, 2008
- Bryde, Brun-Otto, The Politics and Sociology of African Legal Development, Frankfurt/M., 1976
- Bryde, Brun-Otto, Rezeption europäischen Rechts und autozentrierte Rechtsentwicklung in Afrika, 12 Africa Spectrum (1977), 117–130
- Bryde, Brun-Otto, Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß. Rechtsvergleichendes Generalreferat, in: Bryde, Brun-Otto/Kübler, Friedrich (Hrsg.), Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, Frankfurt am Main, 1986, 9–36
- Bryde, Brun-Otto/Kübler, Friedrich (Hrsg.), Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, Frankfurt am Main, 1986
- Büchler, Andrea, Kulturelle Vielfalt und Familienrecht. Die Bedeutung kultureller Identität für die Ausgestaltung europäischer Familienrechtsordnungen – am Beispiel is-

- lamischer Rechtsverständnisse, in: Nolte, Georg (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, Heidelberg, 2008, 215–292
- Büchler, Andrea, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Farnham, 2011
- Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 2006
- Busia, Kofi A., *The Position of the Chief in the Modern Political System of Ashanti*, 2. Aufl., London, 1968
- Cao, Deborah, *Translating Law*, Clevedon, 2007
- Carothers, Thomas (Hrsg.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*, Washington, D.C., 2006
- Casad, Robert C./Clermont, Kevin M., *Res Judicata. A Handbook on its Theory, Doctrine, and Practice*, Durham, N.C., 2001
- Casely Hayford, J. E., *Gold Coast Native Institutions. with Thoughts upon a Healthy Imperial Policy for the Gold Coast and Ashanti*, London, 1903
- Castro Varela, María d./Dhawan, Nikita, *Postkoloniale Theorie. Eine kritische Einführung*, Bielefeld, 2005
- Chabal, Patrick (Hrsg.), *Political Domination in Africa. Reflections on the limits of power*, Cambridge, 1986
- Chanock, Martin, *Law, Custom, and Social Order. The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge, 1985
- Chanock, Martin, *Law, State and Culture. Thinking about "Customary Law" after Apartheid* *Acta Juridica* (1991), 52–70
- Charlesworth, Hilary/Chinkin, Christine, *The Boundaries of International Law. A Feminist Analysis*, Manchester, 2000
- Chesterman, Andrew, *Skopos Theory. A Retrospective Assessment*, in: Kallmeyer, Werner (Hrsg.), *Perspektiven auf Kommunikation. Festschrift für Liisa Tiittula zum 60. Geburtstag*, Berlin, 2010, 209–225
- Chiba, Masaji, *Legal Pluralism. Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokyo, Japan, 1989
- Chopra, Tanja/Isser, Deborah, *Access to Justice and Legal Pluralism in Fragile States. The Case of Women's Rights*, 4 *The Hague Journal on the Rule of Law* (2012), 337–358
- Clifford, James, *Introduction: Partial Truths*, in: Clifford, James/Marcus, George E. (Hrsg.), *Writing Culture. The Poetics and Politics of Ethnography*, Berkeley, 1986, 1–26
- Clifford, James/Marcus, George E. (Hrsg.), *Writing Culture. The Poetics and Politics of Ethnography*, Berkeley, 1986
- Cohen, Felix, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 25 *Columbia Law Review* (1935), 809–849
- Cohen, Jean, *The Politics and Risks of the New Legal Pluralism*, 10 *International Journal of Constitutional Law* (2012), 380–397
- Comaroff, John L./Roberts, Simon, *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context*, Chicago, 1981
- Connell, R. W., *Masculinities*, 2, Berkeley, 2005
- Connolly, Brynna, *Non-State Justice Systems and the State. Proposals for a Recognition Typology*, 38 *Connecticut Law Review* (2005), 239–294
- Conrad, Sebastian/Randeria, Shalini, *Einleitung. Geteilte Geschichten – Europa in einer postkolonialen Welt*, in: Conrad, Sebastian/Randeria, Shalini (Hrsg.), *Jenseits des*

- Eurozentrismus. Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften, Frankfurt/Main, 2002, 9–49
- Conrad, Sebastian/Randeria, Shalini (Hrsg.), *Jenseits des Eurozentrismus. Postkoloniale Perspektiven in den Geschichts- und Kulturwissenschaften*, Frankfurt/Main, 2002
- Constantinesco, Léontin-Jean, *Rechtsvergleichung. Band II: Die rechtsvergleichende Methode*, Köln, 1972
- Cooper, Frederick, *Africa since 1940. The Past of the Present*, Cambridge, 2002
- Cooper, Frederick/Packard, Randall (Hrsg.), *International Development and the Social Sciences. Essays on the History and Politics of Knowledge*, Berkeley, Calif., 1997
- Cooper, Frederick/Packard, Randall, Introduction, in: Cooper, Frederick/Packard, Randall (Hrsg.), *International Development and the Social Sciences. Essays on the History and Politics of Knowledge*, Berkeley, Calif., 1997, 1–41
- Cotula, Lorenzo/Chauveau, Jean-Pierre (Hrsg.), *Changes in Customary Land Tenure Systems in Africa*, London, 2007
- Cover, Robert, *The Uses of Jurisdictional Redundancy. Interest, Ideology, and Innovation*, 22 *William and Mary Law Review* (1981), 639–682
- Cover, Robert, *Nomos and Narrative*, 97 *Harvard Law Review* (1983), 4–68
- Cronin, Michael, *The Empire Talks Back. Orality, Heteronomy, and the Cultural Turn in Interpretation Studies*, in: Tymoczko, Maria/Gentzler, Edwin (Hrsg.), *Translation and Power*, Amherst, Mass., 2002, 45–62
- Crook, Richard C., *Decolonization, the Colonial State, and Chieftaincy in the Gold Coast*, 85 *African Affairs* (1986), 75–105
- Crook, Richard/Affou, Simplice/Hammond, Daniel/Vanga, Adja F./Owusu-Yeboah, Mark, *The Law, Legal Institutions and the Protection of Land Rights in Ghana and Côte d'Ivoire. Developing a More Effective and Equitable System*, Brighton
- Cunningham, Clark, *The Lawyer as Translator, Representation as Text. An Ethnography of Legal Discourse*, 77 *Cornell Law Review* (1991–1992)
- Dalberg-Larsen, Jørgen, *The Unity of Law, an Illusion? On Legal Pluralism in Theory and Practice*, Glienicke/Berlin, Cambridge, Mass, 2000
- Daniels, Ekow W., *Recent Reforms in Ghana's Family Law*, 31 *Journal of African Law* (1987), 93–106
- Informal Justice Systems. Charting a Course for Human Rights-Based Engagement*, 2012
- Danquah, J. B., *Akan Laws and Customs. and the Akim Abuakwa Constitution*, London, 1928
- Davis, Kathleen, *Deconstruction and Translation*, Manchester, 2001
- Dent, Chris/Cook, Ian, *Stare Decisis, Recognition and Understanding Common Law*, 16 *Griffith Law Review* (2007), 131–150
- Derrida, Jacques, *Signatur, Ereignis, Kontext*, in: Derrida, Jacques/Engelmann, Peter (Hrsg.), *Randgänge der Philosophie*, 2. Aufl., Wien, 1999, 325–351
- Derrida, Jacques/Engelmann, Peter (Hrsg.), *Randgänge der Philosophie*, 2. Aufl., Wien, 1999
- Dick, Judith, *Offizieller Rechtspluralismus im Konkurrenzverhältnis unterschiedlich geregelter Geschlechterverhältnisse. Das Recht der Khasi im System der personalen Rechte (personal laws) Indiens*, 1. Aufl., Baden-Baden, 2007
- Dickson, K. A., *Religion and Society. A Study in Church and State Relations in the First Republic*, in: Arhin, Kwame (Hrsg.), *The Life and Work of Kwame Nkrumah. Papers*

- of a Symposium Organized by the Institute of African Studies, University of Ghana, Legon, Accra, 1991, 135–151
- Dundes Renteln, Alison/Dundes, Alan (Hrsg.), *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, Madison, Wis., 1995
- Dupret, Baudouin, *Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices. Theories, Critiques, and Praxiological Re-specification*, 1 *European Journal of Legal Studies* (2007), 1–26
- Eberhard, Christoph, *Towards an Intercultural Legal Theory. The Dialogical Challenge*, 10 *Social & Legal Studies* (2001), 171–201
- Eckert, Julia, *Rechtsaneignung. Paradoxien von Pluralisierung und Entpluralisierung in rechtspluralen Situationen*, in: Kötter, Matthias/Schuppert, Gunnar F. (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, 2009, 191–206
- Edsman, Bjoern M., *Lawyers in Gold Coast Politics, 1900-1945*, Uppsala, 1979
- Eekelaar, John/Nhlapo, Ronald T. (Hrsg.), *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Oxford, 1998
- Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin, 1989
- Ellickson, Robert, *The Evolution of Social Norms. A Perspective from the Legal Academy*, in: Hechter, Michael/Opp, Karl-Dieter (Hrsg.), *Social Norms*, New York, NY, 2001, 35–75
- Essien, Victor, *Sources of Law in Ghana*, 24 *Journal of Black Studies* (1994), 246–262
- Evans-Pritchard, Edward E., *The Nuer. A Description of the Modes of Livelihood and Political Institutions of a Nilotic People*, Oxford, 1940
- Fabian, Johannes, *Time and the Other. How Anthropology Makes its Object*, New York, 1983
- Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, New York, 2011
- Fenrich, Jeanmarie/Higgins, Tracy E., *Promise Unfulfilled. Law, Culture, and Women's Inheritance Rights in Ghana*, 25 *Fordham International Law Journal* (2001), 259–341
- Ferid, Murad/Dörner, Heinrich (Hrsg.), *Internationales Erbrecht. Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten*, Losebl.-Ausg., München
- Fischer-Lescano, Andreas, *Monismus, Dualismus? – Pluralismus. Selbstbestimmung des Weltrechts bei Hans Kelsen und Niklas Luhmann*, in: Brunkhorst, Hauke/Voigt, Rüdiger (Hrsg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 2008, 205–232
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt am Main, 2006
- Fisher, Talia, *Nomos Without Narrative*, 9 *Theoretical Inquiries in Law* (2008), 473–502
- Fitzpatrick, Peter, *Marxism and Legal Pluralism*, 1 *Australian Journal of Law & Society* (1983), 45–59
- Fitzpatrick, Peter, *Law and Societies*, 22 *Osgoode Hall Law Journal* (1984), 115–138
- Fitzpatrick, Peter, *Traditionalism and Traditional Law*, 28 *Journal of African Law* (1984), 20–27
- Foucault, Michel, *Archäologie des Wissens*, Frankfurt am Main, 1981



- Frankenberg, Günter, Critical Comparisons, 26 *Harvard International Law Journal* (1985), 411–455
- Frankenberg, Günter, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 2006, 97–116
- Frankenberg, Günter (Hrsg.), *Order from Transfer: Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham, 2013
- Friedman, Lawrence M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, 1975
- Galanter, Marc, Why the "Haves" Come out Ahead. Speculations on the Limits of Legal Change, 9 *Law & Society Review* (1974), 95–160
- Galanter, Marc, Justice in Many Rooms. Courts, Private Ordering and Indigenous Law, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 1–47
- Galanter, Marc, The Radiating Effects of Courts, in: Boyum, Keith O./Mather, Lynn M. (Hrsg.), *Empirical Theories About Courts*, New York, 1983, 117–142
- Gedzi, Victor S., Principles and Practices of Dispute Resolution in Ghana. Ewe and Akan Procedures on Females' Inheritance and Property Rights, Maastricht, 2009
- Gentzler, Edwin, *Contemporary Translation Theories*, 2. Aufl., Clevedon, 2001
- Geuss, Raymond, *Privatheit. Eine Genealogie*, Frankfurt am Main, 2002
- Ghana Demographic and Health Survey 2008, Accra, 2009
- 2010 Population and Housing Census of Ghana. Summary Report of the Final Results, Accra, 2012
- Ghei, Nita/Parisi, Francesco, Adverse Selection and Moral Hazard in Forum Shopping. Conflicts Law as Spontaneous Order, 25 *Cardozo Law Review* (2004), 1367–1392
- Gilissen, John, Introduction. A l'Étude Comparée du Pluralisme Juridique, in: Gilissen, John (Hrsg.), *Le Pluralisme Juridique*, Bruxelles, 1972, 1–17
- Gilissen, John (Hrsg.), *Le Pluralisme Juridique*, Bruxelles, 1972
- Gillespie, John/Nicholson, Pip (Hrsg.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge, 2012
- Gillespie, John/Nicholson, Pip, Taking the Interpretation of Legal Transfers Seriously. The Challenge for Law and Development, in: Gillespie, John/Nicholson, Pip (Hrsg.), *Law and Development and the Global Discourses of Legal Transfers*, Cambridge, 2012, 1–26
- Glaser, Barney G./Strauss, Anselm L., *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research*, 4. Aufl., New Brunswick, 2009 [1967]
- Glenn, H. P., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 4. Aufl., Oxford, 2010
- Gluckman, Max, Concepts in the Comparative Study of Tribal Law, in: Nader, Laura (Hrsg.), *Law in Culture and Society*, Chicago, 1969, 349–373
- Gluckman, Max (Hrsg.), *Ideas and Procedures in African Customary Law*, London, 1969
- Gocking, Roger S., British Justice and the Native Tribunals of the Southern Gold Coast Colony, 34 *Journal of African History* (1993), 93–113
- Gocking, Roger S., Indirect rule in the Gold Coast. Competition for Office and the Invention of Tradition, 28 *Canadian Journal of African Studies* (1994), 421–446
- Gocking, Roger S., Ghana's Public Tribunals. An Experiment in Revolutionary Justice, 95 *African Affairs* (1996), 197–223
- Gocking, Roger S., *The History of Ghana*, Westport, Conn., 2005

- Goldschmidt, Jenny E., *Ghana Between the Second and the Third Republican Era. Recent Constitutional Developments and their Relation to Traditional Laws and Institutions*, 18 *African Law Studies* (1980), 43–61
- Goldschmidt, Jenny E., *National and Indigenous Constitutional Law in Ghana. Their Development and their Relation to Each Other*, Leiden, 1981
- Golub, Stephen, *A House without a Foundation*, in: Carothers, Thomas (Hrsg.), *Promoting the Rule of Law Abroad. In Search of Knowledge*, Washington, D.C., 2006, 105–136
- Goodale, Mark, *Surrendering to Utopia. An Anthropology of Human Rights*, Stanford, Calif., 2009
- Goody, Jack (Hrsg.), *Literacy in Traditional Societies*, Cambridge, 1968
- Goody, Jack, *Restricted Literacy in Northern Ghana*, in: Goody, Jack (Hrsg.), *Literacy in Traditional Societies*, Cambridge, 1968, 199–263
- Goody, Jack, *The Domestication of the Savage Mind*, Cambridge, 1977
- Gordon, Robert J., *The White Man's Burden. Ersatz Customary Law and Internal Pacification in South Africa*, in: Dundes Renteln, Alison/Dundes, Alan (Hrsg.), *Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, Madison, Wis., 1995, 367–394
- Graziadei, Michele, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 441–512
- Graziadei, Michele, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, 10 *Theoretical Inquiries in Law* (2009), 723–743
- Griffiths, Anne, *Legal Pluralism*, in: Banakar, Reza/Travers, Max (Hrsg.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford, 2002, 289–310
- Griffiths, John, *What is Legal Pluralism?*, 24 *Journal of Legal Pluralism* (1986), 1–47
- Grillo, Ralph/Ballard, Roger/Ferrari, Alessandro/Hoekema, André J./Maussen, Marcel/Shah, Prakash (Hrsg.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, 2009
- Gurvitch, Georges, *L'Experience Juridique. Et la Philosophie Pluraliste du Droit*, Paris, 1935
- Gyandoh, Samuel O./Griffiths, John, *A Sourcebook of the Constitutional Law of Ghana. Volume I (Part 1)*, Accra, 1972
- Habermas, Jürgen, *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Frankfurt am Main, 1998
- Hagan, George P., *Nkrumah's Cultural Policy*, in: Arhin, Kwame (Hrsg.), *The Life and Work of Kwame Nkrumah. Papers of a Symposium Organized by the Institute of African Studies*, University of Ghana, Legon, Accra, 1991, 1–26
- Hamnett, Ian, *Chieftainship and Legitimacy. An Anthropological Study of Executive Law in Lesotho*, London, 1975
- Hanschmann, Felix, *Theorie transnationaler Rechtsprozesse*, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 2006, 347–370
- Harper, Erica, *Customary Justice. From Program Design to Impact Evaluation*, Rome, 2011
- Hart, Herbert L., *The Concept of Law*, 2. Aufl., Oxford, 1998
- Harvey, William B., *Law and Social Change in Ghana*, Princeton, 1966
- Haverkamp, Anselm (Hrsg.), *Die Sprache der Anderen. Übersetzungspolitik zwischen den Kulturen*, Frankfurt am Main, 1997

- Haverkamp, Anselm, Zwischen den Sprachen. Einleitung, in: Haverkamp, Anselm (Hrsg.), *Die Sprache der Anderen. Übersetzungspolitik zwischen den Kulturen*, Frankfurt am Main, 1997, 7–12
- Hechter, Michael/Opp, Karl-Dieter (Hrsg.), *Social Norms*, New York, NY, 2001
- Hendry, Jennifer, Legal Pluralism and Normative Transfer, in: Frankenberg, Günter (Hrsg.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Cheltenham, 2013, 153–170
- Henrich, Dieter (Hrsg.), *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, München, 1985
- Hepp, Andreas/Winter, Rainer (Hrsg.), *Kultur - Medien - Macht. Cultural Studies und Medienanalyse*, 3. Aufl., Wiesbaden, 2006
- Herrmann, Dietrich, Akte der Selbstautorisierung, in: Vorländer, Hans (Hrsg.), *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Wiesbaden, 2006, 141–173
- Higgins, Tracy E./Fenrich, Jeanmarie, Customary Law, Gender Equality, and the Family. The Promise and Limits of a Choice Paradigm, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, New York, 2011, 423–445
- Himonga, Chuma, The Future of Living Customary Law in African Legal Systems in the Twenty-First Century and Beyond. with Special Reference to South Africa, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, New York, 2011, 31–57
- Hinz, Manfred O./Kwenani, The Ascertainment of Customary Law, in: Hinz, Manfred O./Patemann, Helgard K. (Hrsg.), *The Shade of New Leaves. Governance in Traditional Authority ; a Southern African Perspective*, Münster, 2006, 203–214
- Hinz, Manfred O./Patemann, Helgard K. (Hrsg.), *The Shade of New Leaves. Governance in Traditional Authority ; a Southern African Perspective*, Münster, 2006
- Hobsbawm, Eric/Ranger, Terence (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983
- Hoekema, André J., Does the Dutch Judiciary Pluralize Domestic Law?, in: Grillo, Ralph/Ballard, Roger/Ferrari, Alessandro/Hoekema, André J./Maussen, Marcel/Shah, Prakash (Hrsg.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham, 2009, 177–198
- Holmes, James S., *Translated! Papers on Literary Translation and Translation Studies*, 2. Aufl., Amsterdam, 1988
- Hooker, Michael B., *Legal Pluralism*, Oxford, 1975
- Inghilleri, Moira, Habitus, Field and Discourse. Interpreting as a Socially Situated Activity, 15 *Target* (2003), 243–268
- International Labour Organization, Ratifications of C169 – Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312314](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314) (zuletzt abgerufen am 18.08.2016)
- Janse, Ronald, A Turn to Legal Pluralism in Rule of Law Promotion? *European Law Review* (2013), 181–190
- Janssen, Helmut, *Die Übertragung von Rechtsvorstellungen auf fremde Kulturen am Beispiel des englischen Kolonialrechts. Ein Beitrag zur Rechtsvergleichung*, Tübingen, 2000
- Jayme, Erik (Hrsg.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2003

Jeffries, Richard/Thomas, Clare, *The Ghanaian Elections of 1921*, 92 *African Affairs* (1993), 331–366

Kallmeyer, Werner (Hrsg.), *Perspektiven auf Kommunikation. Festschrift für Liisa Tiit-tula zum 60. Geburtstag*, Berlin, 2010

Keller, Reiner, *Wissensoziologische Diskursanalyse*, 3. Aufl., Wiesbaden, 2011

Keohane, Robert/Moravcsik, Andrew/Slaughter, Anne-Marie, *Legalized Dispute Resolution. Interstate and Transnational*, 54 *International Organization* (2000), 457–488

Kesson-Smith, Charlotte/Tettey, Wisdom J., *Citizenship, Customary Law and Gendered Jurisprudence: A Socio-Legal Perspective*, in: Tettey, Wisdom J./Puplampu, Korbla P./Berman, Bruce J. (Hrsg.), *Critical Perspectives in Politics and Socio-economic Development in Ghana*, Leiden, 2003, 305–332

Kieninger, Eva-Maria, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt. Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts*, Tübingen, 2002

Kimble, David, *A Political History of Ghana*, Oxford Clarendon Press, 1963

Klein, Bernhard, Ghana, in: Ferid, Murad/Dörner, Heinrich (Hrsg.), *Internationales Erbrecht. Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten*, Losebl.-Ausg., München

Kludze, A. K., *Modern Law of Succession in Ghana*, Dordrecht, 1988

Kludze, Anselmus K., *Chieftaincy Jurisdiction and the Muddle of Constitutional Interpretation in Ghana*, 42 *Journal of African Law* (1998), 37–63

Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, 2. Aufl., Cambridge, 2005

Koskenniemi, Martti, *Fragmentation of International Law. Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Geneva, 2006

Kötter, Matthias/Schuppert, Gunnar F. (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, 2009

Kropholler, Jan, *Das Unbehagen am forum shopping*, in: Henrich, Dieter (Hrsg.), *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, München, 1985, 165–173

Krotz, Friedrich, *Gesellschaftliches Subjekt und kommunikative Identität. Zum Menschenbild von Cultural Studies und Symbolischem Interaktionismus*, in: Hepp, Andreas/Winter, Rainer (Hrsg.), *Kultur - Medien - Macht. Cultural Studies und Medienanalyse*, 3. Aufl., Wiesbaden, 2006, 125–138

Kuchinke, Kurt (Hrsg.), *Rechtswahrung und Rechtswentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag*, München, 1970

Kuenyehia, Akua/Akande, Jadesola/Kotey Nii Ashie/Gaye, Amie/Harding, Hannah (Hrsg.), *Women & Law in West Africa. Situational Analysis of Some Key Issues Affecting Women*, Accra, 1998

Kuenyehia, Akua/Ofei-Aboagye, Esther, *Family Law in Ghana and its Implication for Women*, in: Kuenyehia, Akua/Akande, Jadesola/Kotey Nii Ashie/Gaye, Amie/Harding, Hannah (Hrsg.), *Women & Law in West Africa. Situational Analysis of Some Key Issues Affecting Women*, Accra, 1998, 23–61

Kvale, Steinar, *Doing Interviews*, Los Angeles, 2007

Kwaku Asare, S., *Accounting for Jurisprudential Orientation. Akoto Never Dies*, in: Mensa-Bonsu, Henrietta J. A. N./Dowuona-Hammond, Christine/Appiagyei-Atua,

- Kwadwo/Josia-Aryeh, Nii A./Hammond, Ama F. (Hrsg.), *Ghana Law Since Independence. History, Development, and Prospects*, Accra, 2007, 143–177
- Ladouceur, Paul, *The Yendi Chieftaincy Dispute and Ghanaian Politics*, 6 *Canadian Journal of African Studies* (1972), 97–115
- Laird, Siobhan, *The 1998 Children's Act. Problems of Enforcement in Ghana*, 32 *British Journal of Social Work* (2002), 893–905
- Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, Baden-Baden, 1995
- Lampe, Ernst-Joachim, *Was ist Rechtspluralismus?*, in: Lampe, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Rechtsgleichheit und Rechtspluralismus*, Baden-Baden, 1995, 8–33
- Lampué, Pierre, *La Justice Coutumière dans les Pays Africains Francophones*, 33 *Revue Juridique et Politique Indépendance et Coopération* (1979), 3–19
- Langer, Máximo, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 *Harvard International Law Journal* (2004), 1–64
- Laue, Theodore H. von, *Anthropology and Power. R.S. Rattray among the Ashanti*, 75 *African Affairs* (1976), 33–54
- Lautmann, Rüdiger, *Justiz - die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, 2. Aufl., Wiesbaden, 2011
- Legrand, Pierre, *The Impossibility of Legal Transplants*, 4 *Maastricht Journal of European & Comparative Law* (1997), 111–124
- Lehnert, Wieland, *Afrikanisches Gewohnheitsrecht und die südafrikanische Verfassung. Die afrikanische Rechtstradition im Spannungsfeld zwischen dem Recht auf Kultur und anderen Menschenrechten*, Berlin, 2006
- Lentz, Carola, *Ethnicity and the Making of History in Northern Ghana*, Edinburgh, 2006
- Lentz, Carola/Nugent, Paul (Hrsg.), *Ethnicity in Ghana. The Limits of Invention*, Basingstoke, Hampshire, 2000
- Lentz, Carola/Nugent, Paul, *Ethnicity in Ghana: A Comparative Perspective*, in: Lentz, Carola/Nugent, Paul (Hrsg.), *Ethnicity in Ghana. The Limits of Invention*, Basingstoke, Hampshire, 2000, 1–28
- Lessig, Lawrence, *Fidelity in Translation*, 71 *Texas Law Review* (1992–1993), 1165–1268
- Llewellyn, Karl N., *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School*, New York, 2008
- Lobban, Michael, *Custom, Common Law Reasoning and the Law of Nations in the Nineteenth Century*, in: Perreau-Saussine, Amanda/Murphy, James B. (Hrsg.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, 2007, 256–278
- Lonsdale, John, *Political Accountability in African History*, in: Chabal, Patrick (Hrsg.), *Political Domination in Africa. Reflections on the limits of power*, Cambridge, 1986, 126–157
- Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst/Wendehorst, Christiane/Adolff, Johannes (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005
- Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993
- Lukes, Steven, *Power. A Radical View*, 2. Aufl., Basingstoke, New York, 2005
- Lurger, Brigitta, *Der Pluralismus der 'lex mercatoria'. Anmerkungen zu einem Aufsatz von Gunther Teubner*, 16 *Rechtshistorisches Journal* (1997), 705–725

- MacKinnon, Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass, 1989
- MacKinnon, Catherine A., *Feminism Unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, Mass, 1987
- Maine, Henry S., *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, London, 1861
- Mamdani, Mahmood, *Historicizing Power and Responses to Power: Indirect Rule and Its Reform*, 66 *Social Research* (1999), 859–886
- Manderson, Desmond, *Beyond the Provincial. Space, Aesthetics, and Modernist Legal Theory*, 20 *Melbourne University Law Review* (1995–1996), 1048–1071
- Manji, Ambreena S., *Imagining Women's 'Legal World'. Towards a Feminist Theory of Legal Pluralism in Africa*, 8 *Social & Legal Studies* (1999), 435–455
- Mann, Kristin/Roberts, Richard (Hrsg.), *Law in Colonial Africa*, Portsmouth, NH, 1991
- Mansel, Heinz-Peter, *Das Staatsangehörigkeitsrecht im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht. Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person?*, in: Jayme, Erik (Hrsg.), *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg, 2003, 119–154
- Markard, Nora, *Die andere Frage stellen. Intersektionalität als Analysekategorie im Recht* *Kritische Justiz* (2009), 353–364
- Martín de León, Celia, *Skopos and Beyond. A Critical Study of Functionalism*, 20 *Target* (2008), 1–28
- Matthes, Joachim, *The Operation Called "Vergleichen"*, in: Matthes, Joachim (Hrsg.), *Zwischen den Kulturen? Die Sozialwissenschaften vor dem Problem des Kulturvergleichs*, Göttingen, 1992, 75–99
- Matthes, Joachim (Hrsg.), *Zwischen den Kulturen? Die Sozialwissenschaften vor dem Problem des Kulturvergleichs*, Göttingen, 1992
- Mayntz, Renate, *Von der Steuerungstheorie zu Global Governance*, in: Schuppert, Gunnar F./Zürn, Michael (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, Wiesbaden, 2008, 43–60
- McCaskie, Tom C., *R.S. Rattray and the Construction of Asante History: An Appraisal*, 10 *History in Africa* (1983), 187–206
- McCaskie, Tom C., *State and Society in Pre-colonial Asante*, Cambridge, 1995
- McCaskie, Tom C., *The Life and Afterlife of Yaa Asantewaa*, 77 *Africa* (2007), 151–179
- Mchombu, Chiku, *A Comparison of Customary Law Programmes in Southern African Universities*, in: Hinz, Manfred O./Patemann, Helgard K. (Hrsg.), *The Shade of New Leaves. Governance in Traditional Authority ; a Southern African Perspective*, Münster, 2006, 429–437
- Mehlitz, Uwe, *Die Stellung des Customary law im Zivilrechtspluralismus Namibias*, Baden-Baden, 2004
- Melissaris, Emmanuel, *Ubiquitous Law. Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*, Farnham, 2009
- Menkel-Meadow, Carrie, *Restorative Justice. What is it and Does it Work?*, 3 *Annual Review of Law and Social Sciences* (2007), 161–187
- Mensa-Bonsu, Henrietta J. A. N., *The Intestate Succession Law of Ghana: Practical Problems in Application*, 8 *Jahrbuch für Afrikanisches Recht* (1994), 105–127
- Mensa-Bonsu, Henrietta J. A. N., *Of "Nuts in the Ground not being Groundnuts". The Current State of Customary Law in Ghana*, 22 *University of Ghana Law Journal* (2002–2004), 1–24

- Mensa-Bonsu, Henrietta J. A. N./Dowuona-Hammond, Christine/Appiagyei-Atua, Kwadwo/Josia-Aryeh, Nii A./Hammond, Ama F. (Hrsg.), *Ghana Law Since Independence. History, Development, and Prospects*, Accra, 2007
- Merry, Sally E., *Legal Pluralism*, 22 *Law & Society Review* (1988), 869–896
- Merry, Sally E., *Human Rights and Gender Violence. Translating International Law into Local Justice*, Chicago, 2006
- Merry, Sally E., *International Law and Sociolegal Scholarship. Toward a Spatial Global Legal Pluralism*, 41 (2007), 149–168
- Meuwese, Anne/Snel, Marnix, 'Constitutional Dialogue'. An Overview, 9 *Utrecht Law Review* (2013), 123–140
- Michaels, Ralf, *The Re-State-ment of Non-State Law. The State, Choice of Law and the Challenge from Global Legal Pluralism*, 51 *The Wayne Law Review* (2005), 1209–1259
- Michaels, Ralf, *Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law*, 57 *The American Journal of Comparative Law* (2009)
- Michaels, Ralf, *Global Legal Pluralism*, 5 *Annual Review of Law and Social Science* (2009), 243–262
- Miller, Jonathan M., *A Typology of Legal Transplants. Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, 51 *American Journal of Comparative Law* (2003), 839–885
- Minchin, Elizabeth/Sack, Peter G. (Hrsg.), *Legal Pluralism. Proceedings of the Canberra Law Workshop*, Canberra, 1986
- Mnookin, Robert H./Kornhauser, Lewis, *Bargaining in the Shadow of the Law. The Case of Divorce*, 88 *The Yale Law Journal* (1979), 950–997
- Review Chieftaincy Act on Queenmothers: Justice Brobbey*, Modern Ghana, <http://www.modernghana.com/news/185626/1/review-chieftaincy-act-on-queenmothers-justice-bro.html> (zuletzt abgerufen am 06.06.2014)
- Moore, Sally F., *Law as Process. An Anthropological Approach*, London, 1978
- Moore, Sally F., *Social Facts and Fabrications. "Customary" law on Kilimanjaro, 1880 - 1980*, Cambridge, 1986
- Moore, Sally F., *Treating Law as Knowledge: Telling Colonial Officers What to Say to Africans About Running "their own" Native Courts*, 26 *Law & Society Review* (1992), 11–46
- Moore, Sally F., *Certainties Undone. Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999*, 7 *The Journal of the Royal Anthropological Institute* (2001), 95–116
- Mutua, Makau w., *Savages, Victims and Saviors. The Metaphor of Human Rights*, 42 *Harvard International Law Journal* (2001), 201–245
- Mutua, Makau w., *Human Rights in Africa. The Limited Promise of Liberalism*, 51 *African Studies Review* (2008), 17–39
- Nader, Laura (Hrsg.), *Law in Culture and Society*, Chicago, 1969
- Nader, Laura/Grande, Elisabetta, *Current Illusions and Delusions about Conflict Management - in Africa and Elsewhere*, 27 *Law & Social Inquiry* (2002), 573–594
- Nader, Laura/Todd, Harry F., *Introduction*, in: Nader, Laura/Todd, Harry F. (Hrsg.), *The Disputing Process. Law in Ten Societies*, New York, 1978, 1–40
- Nader, Laura/Todd, Harry F. (Hrsg.), *The Disputing Process. Law in Ten Societies*, New York, 1978
- Ndulo, Muna, *African Customary Law, Customs, and Women's Rights*, 18 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2011), 87–120

- Nelken, David, Eugen Ehrlich, *Living Law, and Plural Legalities*, 9 *Theoretical Inquiries in Law* (2008), 443–471
- Nelle, Dietrich, *Rechtspluralismus in Afrika. Entwicklung, System und Perspektiven des internen und internationalen Kollisionsrechts* *Recht in Afrika* (2006), 69–141
- Nida, Eugene A., *Toward a Science of Translating. with Special Reference to Principles and Procedures Involved in Bible Translating*, Leiden, 1964
- Niranjana, Tejaswini, *Siting Translation. History, Post-structuralism, and the Colonial Context*, Berkeley, Calif, 1992
- Nolte, Georg (Hrsg.), *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, Heidelberg, 2008
- Nord, Christiane, *Translating as a Purposeful Activity. Functionalist Approaches Explained*, Manchester, 1997
- Norwood, Kimberley J., *Shopping for a Venue. The Need for More Limits on Choice*, 50 *University of Miami Law Review* (1996), 267–334
- Oba, Abdulmumini, *Ju Ju Oaths in Customary Law Arbitration and their Legal Validity in Nigerian Courts*, 52 *Journal of African Law* (2008), 139–158
- Ocran, Modibo, *The Clash of Legal Cultures. The Treatment of Indigenous Law in Colonial and Post-Colonial Africa*, 39 *Akron Law Review* (2006), 465–481
- Odotei, Irene K., *Women in Male Corridors of Power*, in: Odotei, Irene K./Awedoba Albert K. (Hrsg.), *Chieftaincy in Ghana. Culture, Governance, and Development*, Accra, 2006, 81–100
- Odotei, Irene K./Awedoba Albert K. (Hrsg.), *Chieftaincy in Ghana. Culture, Governance, and Development*, Accra, 2006
- Offei, William E., *Family Law in Ghana*, 2. Aufl., Accra Ghana, 2001
- Ollennu, Nii A., *The Influence of English Law on West Africa*, 5 *Journal of African Law* (1961), 21–35
- Ollennu, Nii A., *Principles of Customary Land Law in Ghana*, London, 1962
- Ollennu, Nil A., *The Law of Testate and Intestate Succession in Ghana*, London, 1966
- Onyema, Emilia, *The New Ghana ADR Act 2010. A Critical Overview*, 28 *Arbitration International* (2012), 101–124
- Ørebech, Peter/Bosselman, Fred/Bjarup, Jes/Callies David/Chanock, Martin/Petersen, Hanne (Hrsg.), *The Role of Customary Law in Sustainable Development*, Cambridge, 2005
- Örücü, Esin, *Law as Transposition*, 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002), 205–223
- Osei, Akwasi P., *Ghana. Recurrence and Change in a Post-independence African State*, New York, NY, 1999
- Owusu, Maxwell, *Politics without Parties. Reflections on the Union Government Proposals in Ghana*, 22 *African Studies Review* (1979), 89–108
- Oyowe, Oritsegbubemi A., *An African Conception of Human Rights? Comments on the Challenges of Relativism*, 15 *Human Rights Review* (2014), 1–19
- Paroussis, Michel, *Theorie des juristischen Diskurses*, Berlin/Freiburg, 1995
- Pellow, Deborah/Chazan, Naomi, *Ghana. Coping with Uncertainty*, Boulder, 1986
- Perreau-Saussine, Amanda/Murphy, James B. (Hrsg.), *The Nature of Customary Law*, Cambridge, 2007
- Petchenikine, Youry, *Ghana. In Search of Stability, 1957-1992*, Westport, Conn., 1993
- Petersen, Hanne/Zahle, Henrik (Hrsg.), *Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, 1995



- Phillips, Anne, *The Enigma of Colonialism. British Policy in West Africa*, London, 1989
- Pirker, Benedikt, *Die Übersetzung von Rechtsprechung im Wirtschaftsvölkerrecht*, 3 trans-kom (2010), 26–69
- Pommer, Sieglinde, *Rechtsübersetzung und Rechtsvergleichung. Translatologische Fragen zur Interdisziplinarität*, Frankfurt am Main, 2006
- Pratt, Mary L., *Arts of the Contact Zone Profession* (1991), 33–40
- Prunč, Erich, *Entwicklungslinien der Translationswissenschaft. Von den Asymmetrien der Sprachen zu den Asymmetrien der Macht*, 3. Aufl., Berlin, 2012
- Pym, Anthony, *Okay, So How Are Translation Norms Negotiated?*, in: Schöffner, Christina (Hrsg.), *Translation and Norms*, Clevedon, 1999, 107–113
- Pym, Anthony, *Exploring Translation Theories*, London, New York, 2010
- Raiser, Thomas, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen, 2013
- Ranger, Terence, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in: Hobsbawm, Eric/Ranger, Terence (Hrsg.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983, 211–262
- Ranger, Terence, *The Invention of Tradition Revisited. The Case of Colonial Africa*, in: Ranger, Terence/Vaughan, Olufemi/Kirk-Greene, Anthony H. (Hrsg.), *Legitimacy and the State in Twentieth-Century Africa. Essays in Honour of A.H.M. Kirk-Greene*, Houndmills, 1993
- Ranger, Terence/Vaughan, Olufemi/Kirk-Greene, Anthony H. M. (Hrsg.), *Legitimacy and the State in Twentieth-Century Africa. Essays in Honour of A.H.M. Kirk-Greene*, Houndmills, 1993
- Rathbone, Richard, *Nkrumah & the Chiefs. The Politics of Chieftaincy in Ghana, 1951–60*, Accra, 2000
- Rattray, R. S., *Ashanti*, Oxford, 1923
- Rattray, Robert S., *Ashanti Law and Constitution*, Oxford, 1929
- Rattray, Robert S./Westermann, Diedrich, *The Tribes of the Ashanti Hinterland*, Oxford, 1932
- Ray, Donald I., *Divided Sovereignty. Traditional Authority and the State in Ghana*, 37–38 *Journal of Legal Pluralism* (1996), 181–202
- Ray, Donald I., *Chiefs in their Millennium Sandals. Traditional Authority in Ghana - Relevance, Challenges and Prospects*, in: Tettey, Wisdom J./Puplampu, Korbla P/Berman, Bruce J. (Hrsg.), *Critical Perspectives in Politics and Socio-economic Development in Ghana*, Leiden, 2003
- Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006
- Reiss, Katharina/Vermeer, Hans J., *Grundlegung einer allgemeinen Translationstheorie*, 2. Aufl., Tübingen, 1991
- Reuter, Julia, *Ordnungen des Anderen. Zum Problem des Eigenen in der Soziologie des Fremden*, Bielefeld, 2002
- Risse, Thomas/Ropp, Stephen C./Sikkink, Kathryn (Hrsg.), *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge, 1999
- Risse, Thomas/Sikkink, Kathryn, *The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction*, in: Risse, Thomas/Ropp, Stephen C./Sikkink, Kathryn (Hrsg.), *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge, 1999, 1–38
- Roberts, Richard/Mann, Kristin, *Law in Colonial Africa*, in: Mann, Kristin/Roberts, Richard (Hrsg.), *Law in Colonial Africa*, Portsmouth, NH, 1991, 3–58

- Roberts, Simon, Against Legal Pluralism. Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain, 42 *Journal of Legal Pluralism* (1998), 95–106
- Roberts, Simon, After Government? On Representing Law without the State, 68 *The Modern Law Review* (2005), 1–24
- Röhl, Klaus, Die Auflösung des Rechts, in: Lorenz, Stephan/Trunk, Alexander/Eidenmüller, Horst/Wendehorst, Christiane/Adolff, Johannes (Hrsg.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München, 2005, 1161–1176
- Rüthers, Bernd, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 4. Aufl., München, 2008
- Sack, Peter G., Legal Pluralism: Introductory Comments, in: Minchin, Elizabeth/Sack, Peter G. (Hrsg.), *Legal Pluralism. Proceedings of the Canberra Law Workshop*, Canberra, 1986, 1–16
- Said, Edward W., *Orientalism*, New York, 1978
- Said, Edward W., *The World, the Text, and the Critic*, Cambridge, Mass, 1983
- Said, Edward W., Representing the Colonized. Anthropology's Interlocutors, 15 *Critical Inquiry* (1989), 205–225
- Saldanha, Gabriela, Linguistic Approaches, in: Baker, Mona/Saldanha, Gabriela (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Translation Studies*, 2. Aufl., London, 2009, 148–152
- Sandefur, Rebecca L., Access to Civil Justice and Race, Class, and Gender Inequality, 34 *Annual Review of Sociology* (2008), 339–358
- Sarbah, J. M., *Fanti Customary Laws. A Brief Introduction to the Principles of the Native Laws and Customs of the Gold Coast*, London, 1897
- Sauer, Birgit, *Die Asche des Souveräns. Staat und Demokratie in der Geschlechterdebatte*, Frankfurt/Main, 2001
- Schäffner, Christina (Hrsg.), *Translation and Norms*, Clevedon, 1999
- Schäffner, Christina, Political Discourse Analysis from the Point of View of Translation Studies, 3 *Journal of Language and Politics* (2004), 117–150
- Schäffner, Christina, Functionalist Approaches, in: Baker, Mona/Saldanha, Gabriela (Hrsg.), *Routledge Encyclopedia of Translation Studies*, 2. Aufl., London, 2009, 115–121
- Schaper, Ulrike, *Koloniale Verhandlungen. Gerichtsbarkeit, Verwaltung und Herrschaft in Kamerun, 1884–1916*, Frankfurt am Main, 2012
- Schapera, Isaac, *A Handbook of Tswana Law and Custom*, London, 1938
- Schmid, Ulrike, Legal Pluralism as a Source of Conflicts. The Case of Ghana, 46 *Journal of Legal Pluralism* (2001), 1–47
- Schmidt-Jortzig, Edzard A., *Die Stellung der Traditional Leaders in der Neuen Südafrikanischen Verfassung. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung deutscher Verfassungsdogmatik*, Baden-Baden, 1998
- Schünemann, Bernd (Hrsg.), *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, Berlin, 2002
- Schuppert, Gunnar F., *When Governance meets Religion. Governancestrukturen und Governanceakteure im Bereich des Religiösen*, Baden-Baden, 2012
- Schuppert, Gunnar F./Zürn, Michael (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, Wiesbaden, 2008
- Scott, Joanne/Sturm, Susan, Courts as Catalysts. Re-thinking the Judicial Role in New Governance, 13 *Columbia Journal of European Law* (2006–2007), 565–594
- Sezgin, Yüksel, Theorizing Formal Pluralism. Quantification of Legal Pluralism for Spatio-temporal Analysis, 50 *Journal of Legal Pluralism* (2004)

- Shachar, Ayelet, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, 2001
- Shah, Prakash, *Legal Pluralism in Conflict. Coping with Cultural Diversity in Law*, London, 2005
- Shahar, Ido, *Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts*, 15 *Islamic Law and Society* (2008), 112–141
- Shahar, Ido, *Legal Pluralism Incarnate. On Courts of Law in Colonial and Postcolonial Settings*, 65 *Journal of Legal Pluralism* (2012), 133–163
- Shamma, Tarek, *Translation and the Manipulation of Difference. Arabic Literature in Nineteenth-Century England*, Manchester, 2009
- Sheleff, Leon S., *The Future of Tradition. Customary Law, Common Law, and Legal Pluralism*, London, 2000
- Shem, Migot-Adholla/Hazell, Peter/Blarel Benoît/Place, Frank, *Indigenous Land Rights Systems in Sub-Saharan Africa: A Constraint on Productivity?*, 5 *The World Bank Economic Review* (1991), 155–175
- Shiner, Roger A., *Legal Institutions and the Sources of Law*, Dordrecht, 2005
- Simon, Sherry, *Gender in Translation. Cultural Identity and the Politics of Transmission*, London and New York, 1996
- Sinha, Surya P., *Legal Polycentricity*, in: Petersen, Hanne/Zahle, Henrik (Hrsg.), *Legal Polycentricity. Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot, 1995, 31–69
- Slaughter, Anne-Marie, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 *University of Richmond Law Review* (1994), 99–137
- Snyder, Francis G., *Capitalism and Legal Change. An African Transformation*, New York, NY, 1981
- Snyder, Francis G., *Colonialism and Legal Reform. The Creation of "Customary Law" in Senegal*, 19 *Journal of Legal Pluralism* (1981), 49–90
- Snyder, Francis G., *Governing Economic Globalisation. Global Legal Pluralism and European Law*, 5 *European Law Journal* (1999), 334–374
- Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York, 1995
- Spellenberg, Ulrich, *Familie und Individuum in der afrikanischen Gesellschaft. Zu Gewohnheitsrecht und modernem Recht in Kamerun und Südafrika*, in: Schöne-mann, Bernd (Hrsg.), *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, Berlin, 2002, 291–310
- Spivak, Gayatri C., *The Rani of Sirmur*, in: Barker, Francis/Hulme, Peter/Iversen, Margaret/Loxley, Diana (Hrsg.), *Europe and its Others. Proceedings of the Essex Conference on the Sociology of Literature*, July 1984, Colchester, 1985, 128–151
- Ssenyonjo, Manisuli, *Culture and the Human Rights of Women in Africa. Between Light and Shadow*, 51 *Journal of African Law* (2007), 39–67
- Stahl, Ann B., *Ethnic Style and Ethnic Boundaries. A Diachronic Case Study from West-Central Ghana*, 38 *Ethnohistory* (1991), 250–275
- Starr, June/Collier, Jane F. (Hrsg.), *History and Power in the Study of Law. New Directions in Legal Anthropology*, Ithaca, N.Y., 1989
- Starr, June/Collier, Jane F., *Introduction. Dialogues in Legal Anthropology*, in: Starr, June/Collier, Jane F. (Hrsg.), *History and Power in the Study of Law. New Directions in Legal Anthropology*, Ithaca, N.Y., 1989, 1–28
- Steegstra, Marijke, *Krobo Queen Mothers. Gender, Power, and Contemporary Female Traditional Authority in Ghana*, 55 *Africa Today* (2009), 105–123

- Stewart, Juli E., Why I Can't Teach Customary Law, in: Eekelaar, John/Nhlapo, Ronald T. (Hrsg.), *The Changing Family. International Perspectives on the Family and Family Law*, Oxford, 1998, 217–229
- Stoeltje, Beverly J., Asante Queen Mothers. Precolonial Authority in a Postcolonial Society, 19 *Research Review* (2003), 1–19
- Stolze, Radegundis, *Übersetzungstheorien. Eine Einführung*, 5. Aufl., Tübingen, 2008
- Strübing, Jörg, *Grounded Theory. Zur sozialtheoretischen und epistemologischen Fundierung des Verfahrens der empirisch begründeten Theoriebildung*, 2. Aufl., Wiesbaden, 2009
- Tamanaha, Brian Z., The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism, 20 *Journal of Law and Society* (1993), 192–217
- Tamanaha, Brian Z., An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* (1995), 501–535
- Tamanaha, Brian Z., A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism, 27 *Journal of Law and Society* (2000), 296–321
- Tamanaha, Brian Z., Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global, 30 *Sydney Law Review* (2008), 375–411
- Tettey, Wisdom J./Puplampu, Korbla P./Berman, Bruce J. (Hrsg.), *Critical Perspectives in Politics and Socio-economic Development in Ghana*, Leiden, 2003
- Teubner, Gunther, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, 1989
- Teubner, Gunther, The Two Faces of Janus. Rethinking Legal Pluralism, 13 *Cardozo Law Review* (1992), 1443–1462
- Teubner, Gunther, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, 15 *Rechtshistorisches Journal* (1996), 255–290
- Teubner, Gunther, Legal Irritants. Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, 61 *The Modern Law Review* (1998), 11–32
- Teubner, Gunther/Korth, Peter, Zwei Arten des Rechtspluralismus. Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft, in: Kötter, Matthias/Schuppert, Gunnar F. (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staates*, Baden-Baden, 2009, 137–168
- Toivanen, Reetta, Das Paradox der Minderheitenrechte in Europa, 45 *SWS-Rundschau* (2005), 185–207
- Toury, Gideon, *Descriptive Translation Studies and Beyond*, 2. Aufl., Amsterdam, Philadelphia, 2012
- Traeder, Heide, Ghana unter dem National Liberation Council, in: Ansprenger, Franz/Traeder, Heide/Tetzlaff, Rainer (Hrsg.), *Die politische Entwicklung Ghanas von Nkrumah bis Busia*, München, 1972, 63–125
- Trubek, Dave/Galanter, Marc, *Scholars in Self-Estrangement. Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States* *Wisconsin Law Review* (1974), 1062–1102
- Trubek, David, The "Rule of Law" in Development. Past, Present, and Future, in: Trubek, David/Santos, Alvaro (Hrsg.), *New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, 2006, 74–94
- Trubek, David/Santos, Alvaro (Hrsg.), *New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, New York, 2006
- Trusen, Winfried, Römisches und partikuläres Recht in der Rezeptionszeit, in: Kuchinke, Kurt (Hrsg.), *Rechtswahrung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag*, München, 1970, 97–120

- Twining, William, The Restatement of African Customary Law: A Comment, 1 The Journal of Modern African Studies (1963), 221–228
- Twining, William L., General Jurisprudence. Understanding Law From a Global Perspective, Cambridge, 2009
- Tymoczko, Maria/Gentzler, Edwin (Hrsg.), Translation and Power, Amherst, Mass., 2002
- Ubink, Janine M., In the Land of the Chiefs. Customary Law, Land Conflicts, and the Role of the State in Peri-Urban Ghana, Leiden, 2008
- Ubink, Janine M., The Quest for Customary Law in African State Courts, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), The Future of African Customary Law, Cambridge, New York, 2011, 83–102
- United Nations Development Programme, Making the Law Work for Everyone (Vol. 1). Report of the Commission on Legal Empowerment of the Poor, New York, 2008
- Vanderlinden, Jacques, Le Pluralisme Juridique. Essai de Synthèse, in: Gilissen, John (Hrsg.), Le Pluralisme Juridique, Bruxelles, 1972, 19–56
- Venuti, Lawrence, The Scandals of Translation. Towards an Ethics of Difference, London, 1998
- Venuti, Lawrence, The Translator's Invisibility. A History of Translation, 2. Aufl., Abingdon, Oxon, 2008
- Vorländer, Hans (Hrsg.), Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden, 2006
- Voßkuhle, Andreas, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2010), 1–8
- Wanitzek, Ulrike, Ghana, in: Bergmann, Alexander/Ferid, Murad/Henrich, Dieter (Hrsg.), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht. Mit Staatsangehörigkeitsrecht, 171. Lieferung, Frankfurt/Main, 1980
- Wanitzek, Ulrike, Kindschaftsrecht in Tansania. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Sukuma, Hohenschäftlarn bei München, 1986
- Wanitzek, Ulrike, Integration of Personal Laws and the Situation of Women in Ghana. The Matrimonial Causes Act of 1971 and its Application by the Courts Third World Legal Studies (1991), 75–107
- Watson, Alan, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2. Aufl., Athens, 1993
- Watson, Alan, An Approach to Customary Law, in: Dundes Renteln, Alison/Dundes, Alan (Hrsg.), Folk Law. Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta, Madison, Wis., 1995, 141–158
- Weiss, Holger, Between Accommodation and Revivalism. Muslims, the State, and Society in Ghana from the Precolonial to the Postcolonial Era, Helsinki, 2008
- Whytock, Christopher, Domestic Courts and Global Governance, 84 Tulane Law Review (2009–2010), 67–123
- Whytock, Christopher, The Evolving Forum Shopping System, 96 Cornell Law Review (2011), 481–534
- Wilks, Ivor, Asante Nationhood and Colonial Administrators. 1896–1935, in: Lentz, Carola/Nugent, Paul (Hrsg.), Ethnicity in Ghana. The Limits of Invention, Basingstoke, Hampshire, 2000, 68–96
- Wolf, Eric R., Die Völker ohne Geschichte. Europa und die andere Welt seit 1400, Frankfurt/Main, 1986

- Wolf, Michaela, Introduction. The Emergence of a Sociology of Translation, in: Wolf, Michaela/Fukari, Alexandra (Hrsg.), *Constructing a Sociology of Translation*, Amsterdam, Philadelphia, 2007, 1–36
- Wolf, Michaela, The Location of the “Translation Field”. Negotiating Borderlines between Pierre Bourdieu and Homi Bhabha, in: Wolf, Michaela/Fukari, Alexandra (Hrsg.), *Constructing a Sociology of Translation*, Amsterdam, Philadelphia, 2007, 109–126
- Wolf, Michaela/Fukari, Alexandra (Hrsg.), *Constructing a Sociology of Translation*, Amsterdam, Philadelphia, 2007
- Woodman, Gordon R., Some Realism about Customary Law. The West African Experience *Wisconsin Law Review* (1969), 128–152
- Woodman, Gordon R., Ghana Reforms the Law of Intestate Succession, 29 *Journal of African Law* (1985), 118–128
- Woodman, Gordon R., The Head of Family Immunity Principle. The Supreme Court Proposes, the PNDC Disposes, 17 *Review of Ghana Law* (1989-90), 361–369
- Woodman, Gordon R., Customary Land Law in the Ghanaian Courts, Accra Ghana, 1996
- Woodman, Gordon R., Legal Pluralism and the Search for Justice, 40 *Journal of African Law* (1996), 152–167
- Woodman, Gordon R., Ideological Combat and Social Observation. Recent Debate about Legal Pluralism, 42 *Journal of Legal Pluralism* (1998), 21–59
- Woodman, Gordon R., Ghana. Family Law in Ghana under the Constitution 1992, in: Bainham, Andrew/Rwezaura, Art (Hrsg.), *The International Survey of Family Law*, 2003, Bristol, 2003, 195–208
- Woodman, Gordon R., A Survey of Customary Laws in Africa in Search of Lessons for the Future, in: Fenrich, Jeanmarie/Galizzi, Paolo/Higgins, Tracy E. (Hrsg.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge, New York, 2011, 9–30
- Sub-Saharan Africa: From Crisis to Sustainable Growth. A Long-Term Perspective Study, Washington, D.C., 1989
- Wrase, Michael, *Wie wirkt Recht? Überlegungen zur Rechtswirkungsforschung unter den Bedingungen konsolidierter und begrenzter Staatlichkeit*, Berlin, 2013
- Yankah, Kwesi, *Speaking for the Chief. Okyeame and the Politics of Akan Royal Oratory*, Bloomington, 1995

# 7 Rechtsprechung

## Ghanaische Entscheidungen

- Abadoo v. Awotwi* [1973] 1 GLR 393–416  
*Abangana v. Akologo* [1976] GLR 382–388  
*Abaye v. Akatia and Another* [1982–83] GLR 1072–1080  
*Aditanga v. Adingo and Another* [unveröffentlicht; Az.: E6/2/2005]  
*Afful v. Okyere and Another* [1997–98] 1 GLR 730–745  
*Ahevi v. Akoto IV* [1993–94] 1 GLR 512–538  
*Amponsah and Others v. Budu* [1989–90] 2 GLR 291–314  
*Angu v. Attah* Judgements of the Privy Council, 1874–1928 43–50  
*Annan v. Kwogyirem* [1975] 1 GLR 291–297  
*Antwi v. Antwi* [1962] 1 GLR 321–324  
*Asante v. Wiredu* [1976] 1 GLR 100–105  
*Atomo v. Tekpetey* [1980] GLR 738–746  
*Attah and Others v. Esson* [1976] 1 GLR 128–135  
*Avuugi v. Abugri* [1987–88] 2 GLR 515–520
- Billa v. Salifu* [1971] 2 GLR 87–107  
*Budu II v. Caesar* [1959] GLR 410–433
- Coleman v. Shang* [1959] GLR 390–409
- Debrah v. The Republic* [1991] 2 GLR 517–534  
*Donkor v. Asare and Others* [1960] GLR 187–190
- Ekua alias Condua III v. Acquaaah* [1968] GLR 412–463
- Gyan Alias Amoah and Another v. Dabrah* [1974] 2 GLR 318–326
- Hammond v. Odoi and Another* [1982–83] GLR 1215–1313  
*Hansen v. Ankrah* [1987–88] 1 GLR 639–726  
*Huago and Others v. Djangmah II and Others* [1997–98] 1 GLR 300–336
- Ibrahim v. Amalibini* [1978] GLR 368–403  
*In Re Armah (Decd.); Awotwi v. Abadoo* [1977] 2 GLR 375–382  
*In Re Kofi Antubam (Decd.); Quaico v. Fosua and Another* [1965] GLR 138–149  
*In Re Marriage of Mohammedans Ordinance, Cap. 129 (1951 Rev.); In Re Registration of Marriage between Byrouthy and Akyere; Ex Parte: Ali* [1980] GLR 872–875
- Kyei and Others v. Afriyie* [1992] 1 GLR 257–266
- Lamptey alias Nkpa v. Fanyie and Others* [1989–90] 1 GLR 286–307
- Madam Akua Nyamekye v. Mr. Anthony Kwaku Opoku* [unveröffentlicht; Az.: CM 45/2000]

*Op. Kojo Fori, Kyidomhene, and Others v. Op. Kofi Agyie, Gyaasehene, and Another* [unveröffentlicht CM. 6/98]

*Opoku v. Nyamekye* [1999-2000] 1 GLR 653–697

*Owusu and Another v. Agyentoa* [1995-96] 1 GLR 45–59

*Pomaa and Others v. Fosuhene* [1987-88] 1 GLR 244–265

*Prempeh v. Agyepong* [1993-94] 1 GLR 255–279

*Republic v Numapau; Ex Parte Ameyaw II and Others* [1999-2000] 1 GLR 283–323

*Saakyi Mami v. Dede Paulina and Another* [2005-2006] SCGLR 1116–1129

*Sarkodee I v. Boateng II* [1982-83] GLR 715–772

*Tanor and Another v. Akosua Koko* [1974] 1 GLR 451–464

*Yerenchi v. Akuffoo and Others* [1905] 1 Renner's Gold Coast Reports 362–399

## **Weitere zitierte Entscheidungen**

### **USA**

*Santa Barbara Pueblo v. Martinez* 436 U.S. 49 (1978)

### **Südafrika**

*Bhe and Others v Magistrate, Khayelitsha and Others; Shibi v Sithole and Others; SA Human Rights Commission and Another v President of the RSA and Another* 2005 (1) BCLR 1 (CC)



## Analyse der Entscheidung

Titel der Entscheidung

Gericht/Instanz, Ort, Datum, Beteiligte Richter\_innen

Kurze Sachverhaltswiedergabe

Urteilstenor

Zusammenfassung der Begründung

Übersetzungsschritte

Feststellen

- Beschreibung des Gewohnheitsrecht (z.B. ethnisiert? Angeeignet »our«?; »customary law oder custom«?)
- Quellenfrage/Vielfalt problematisiert?
- Welche Quelle (Case law, Textbooks, andere schriftliche Quellen, Parteienvortrag)
- Kritische Diskussion möglicher Quellen?
- Auseinandersetzung mit vorherigen Entscheidungen

Verstehen

- Bedeutung gewohnheitsrechtlicher Norm/Verständnis problematisiert?
- Rechtsvergleich vorgenommen? (Wenn ja: Welche Rechtsordnungen? Gleichsetzung oder Unterschiedlichkeit? Funktion oder kulturellen Aspekt?)
- Bewertung von gewohnheitsrechtlichen Ordnungen?
- Argumentation mit Vernunft?

Reverbalisieren

- Allgemein Aussagen zum Verhältnis zu staatlichem Recht
- Sprachwahl (nicht-englische Wörter? Kennzeichnung?)
- Konflikt thematisiert? Welche Rahmung (etwa Tradition vs. Moderne)?
- Kompetenz staatlicher Gerichte problematisiert?
- Repugnancy-Klausel verwendet oder kritisiert?

Weitere Aspekte

- »Konstruktionsbewusstsein«
- Obiter Dictum
- Explizite Bezeichnung als Grundsatzentscheidung?
- Auseinandersetzung mit stare decisis?
- Kolonialismus angesprochen?
- Unterscheidung zwischen offiziellem/lebendem Gewohnheitsrecht angesprochen?